

La transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant : le contrat de mariage comme outil de planification successorale

Julie LARUELLE
Assistante à l'Université de Liège
Avocat

Dans beaucoup de ménages, les biens immobiliers constituent la part la plus importante du patrimoine. Des préoccupations peuvent donc naître pour transmettre ce patrimoine au partenaire survivant sans que celui-ci n'ait à souffrir d'un concours avec les autres héritiers du défunt et à un moindre coût fiscal. Les époux disposent à cet égard d'une arme que n'ont pas les autres formes de vie en couple : la possibilité de conclure un contrat de mariage.

Le contrat de mariage est un outil majeur de planification et de programmation successorale. Il offre tout d'abord une grande liberté aux époux qui peuvent rédiger leurs conventions matrimoniales comme ils le veulent, sous réserve de quelques (rares) dispositions impératives. Il permet ensuite, via la théorie des avantages matrimoniaux, d'avantager son conjoint en marge des règles relatives aux libéralités. Les droits civil et fiscal viennent toutefois encadrer et réduire cette faculté par le biais de requalifications ou de fictions.

Dans le cadre de cette étude, nous nous proposons d'examiner les potentialités du contrat de mariage dans une perspective de transmission du patrimoine au conjoint survivant, en nous concentrant sur les clauses propres à transférer les immeubles. Dans une première partie (I), nous évoquerons la notion d'avantage matrimonial sur le plan civil : ses enjeux (A), ses limites (B) et son champ d'application (C). Dans une seconde partie (II), nous nous concentrerons sur le contrat de mariage en tant qu'outil de planification patrimoniale. Nous analyserons d'abord les limites imposées par le droit fiscal sur le plan des droits de succession (A). Nous détaillerons ensuite les principales clauses propices au transfert des immeubles au conjoint survivant, tant dans les régimes à base communautaire (B) qu'à base séparatiste (C),

en analysant leur régime en droits de succession et en droits d'enregistrement¹.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Théorie des avantages matrimoniaux	284
A.	Enjeux civils : qualification objective d'acte à titre onéreux	284
B.	Limites : protection de la réserve héréditaire des enfants du défunt	285
C.	Controverses quant au champ d'application de la théorie des avantages matrimoniaux	286
II.	Le contrat de mariage comme outil de planification successorale	287
A.	Limites fiscales	288
B.	Conjoints mariés en régime de communauté	289
C.	Conjoints mariés en régime de séparation de biens	297
III.	Conclusion : le contrat de mariage demeure un instrument privilégié de planification successorale	301

I. Théorie des avantages matrimoniaux

A. Enjeux civils : qualification objective d'acte à titre onéreux

Selon la définition classique empruntée à Madame CASMAN, constitue un avantage matrimonial tout avantage qui résulte de la composition ou du fonctionnement, de la liquidation ou du partage du régime matrimonial des époux².

Sur le plan civil, les avantages matrimoniaux sont qualifiés d'actes à titre onéreux, et ce alors même qu'ils peuvent procéder d'une intention libérale entre époux. En ce sens, la qualification est dite « objec-

1. Nous nous limiterons à l'examen des dispositions applicables en Région wallonne.
2. H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, Anvers, Maklu, 1976, p. 264, n° 218. Cette définition est reprise par une doctrine majoritaire, voir not. : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), Limal, Anthemis, 2011, p. 37.

tive »³. Elle a pour conséquence fondamentale que les avantages matrimoniaux ne sont point considérés comme des libéralités et échappent, de ce fait, aux règles relatives au rapport ou à la réduction et à la détermination de la quotité disponible⁴. Les articles 1458, alinéa 1^{er}, et 1464, alinéa 1^{er}, du Code civil disposent ainsi que les avantages qui résultent d'une clause de préciput ou de partage inégal ne sont point regardés comme des donations, mais comme des « conventions de mariage ».

Ainsi, les biens faisant l'objet d'un avantage matrimonial ne sont pas considérés comme faisant partie de la succession du prémourant. Le conjoint survivant n'entrera donc pas en concours avec les autres héritiers du défunt et ne se verra pas appliquer les règles de la dévolution successorale pour ces biens. Il demeure, selon la métaphore utilisée par Monsieur VERBEKE, le seul capitaine du navire, en mesure de se défendre contre les « pirates » que sont parfois les enfants du couple⁵. Le conjoint survivant qui recueille un bien dans le cadre du partage du régime matrimonial ne court, par exemple, pas le risque de se voir imposer une conversion non souhaitée de son usufruit (art. 745^{quater}, § 1^{er}, C. civ.).

Dans cette mesure, le détour par la théorie des avantages matrimoniaux conserve tout son intérêt, même lorsque l'on prend en compte les avantages fiscaux qui entourent la transmission, par donation ou par succession, du logement familial. Ainsi, les époux pourraient être tentés de s'en remettre à la dévolution légale *ab intestat* pour la transmission de l'immeuble qui constitue le logement familial dès lors que les droits de succession sur celui-ci sont particulièrement réduits en Région wallonne (art. 60^{ter} C. succ.). Toutefois, en présence de descendants du défunt, le conjoint survivant ne recueillera que l'usufruit de la succession (art. 745^{bis}, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ.), après liquidation du régime matrimonial. Tout au plus, ce conjoint ne sera donc propriétaire de l'immeuble qu'à concurrence de moitié si celui-ci était un bien commun (art. 1405 C. civ.) ou indivis, et usufruitier pour le surplus, sauf à solliciter la conversion de son usufruit. Pour remédier à cette situation, le futur défunt pourrait songer à faire donation du logement familial à son conjoint, en totalité s'il s'agit d'un bien propre ou à concurrence de moitié s'il s'agit d'un bien commun ou indivis. À nouveau, cette donation bénéficiera

d'un tarif réduit en droits d'enregistrement (art. 131^{ter} C. enr.). Mais là aussi, le tarif fiscal avantageux n'efface pas les conséquences civiles de la donation : celle-ci sera sujette à rapport ou réduction. Les donations entre époux en dehors du contrat de mariage ont par ailleurs pour inconvénient d'être essentiellement révocables *ad nutum* (art. 1096 C. civ.). L'on perçoit donc l'intérêt de transférer la propriété de l'immeuble en application de la théorie des avantages matrimoniaux.

Selon Monsieur LELEU, la raison d'être de ce régime dérogatoire au droit des libéralités repose sur deux éléments de justification⁶. Le premier est que la préférence donnée au conjoint survivant par rapport aux enfants communs ne devrait en principe pas léser ces derniers, qui voient simplement leurs expectatives successorales postposées au décès du second conjoint-parent. Le second est que les avantages matrimoniaux sont intrinsèquement liés à la notion d'« acquêts » et que ceux-ci ont vocation naturelle à revenir prioritairement aux époux. Les *acquêts* peuvent être définis comme l'ensemble des biens que les époux acquièrent à titre onéreux durant le mariage et dont il n'est pas prouvé qu'ils sont propres⁷. Ces biens acquis au moyen des revenus ou des économies réalisées sur ceux-ci sont le produit des efforts conjugués du couple et ont vocation à revenir à ses membres sans qu'il puisse être question de libéralité.

Notons enfin qu'en cas de divorce, l'article 299 du Code civil dispose que « *sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage* ». Les avantages matrimoniaux n'ont donc pas vocation à survivre au divorce des époux, à moins que ceux-ci ne l'aient expressément convenu. La Cour de cassation considère cependant que l'apport en communauté n'est pas visé par l'article 299 de sorte que celui-ci survit au divorce⁸, un droit de reprise étant toutefois accordé à l'époux apporteur (art. 1455 C. civ. ; *infra*, p. 290).

B. Limites : protection de la réserve héréditaire des enfants du défunt

En droit civil, la qualification des avantages matrimoniaux comme conventions à titre onéreux n'est toutefois pas sans limite. Le législateur a en effet mis en

3. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.F.M.*, 2005, p. 293.

4. H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 11.

5. A. VERBEKE, « Le conjoint survivant, prolongement du couple. Protection du conjoint survivant par contrat de mariage », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 24 et 25, n^{os} 12 à 14.

6. Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), Limal, Anthemis, 2011, p. 39, n^{os} 9 et 10.

7. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *N.F.M.*, 2005, p. 294. Pour une analyse détaillée de cette notion : A. VERBEKE, « Aanwinsten als 'échappement' voor een evenwichtig huwelijksvermogensrecht », in *Notariële actualiteit 2014-2015*, F. BUYSENS et A. VERBEKE (éd.), Anvers, Intersentia, 2015, pp. 5 à 12.

8. Cass., 23 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1929, *E.J.*, 2002, p. 27, note K. VANWINCKELEN ; *Rev. not. belge*, p. 318, note C. GIMENNE ; *T. Not.*, 2002, p. 86, *R.W.*, 2001-2002, p. 1608, note ; *R.G.D.C.*, 2003, note W. PINTENS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634, note. La Cour d'arbitrage n'y a pas vu de discrimination : C.A., 23 novembre 2005, *N.F.M.*, 2005, p. 186.

place une protection des droits réservataires des enfants du défunt, à des degrés différents selon que ceux-ci sont ou non les enfants communs des époux.

À l'égard des *enfants communs* du couple, seront considérés comme des « donations » les avantages qui résultent d'un préciput ou d'une clause de partage inégal dans la mesure où ils porteraient sur des biens précédemment apportés par le défunt (art. 1458, al. 2 et 1464, al. 2, C. civ.). Cette requalification en faveur des enfants communs s'applique à concurrence de la moitié seulement des biens apportés. Elle s'explique par le fait que les biens qui font partie du patrimoine commun à la suite d'un apport en communauté ne sont pas de véritables acquêts, en ce sens que le conjoint de l'apporteur n'a en principe pas participé à leur constitution⁹.

À l'égard des *enfants non communs*, la protection est accrue car ces derniers n'hériteront en principe pas du conjoint survivant. Ainsi, l'article 1465 du Code civil énonce que, vis-à-vis des enfants non communs, « toute convention matrimoniale qui aurait pour effet de donner à l'un des époux au-delà de la quotité disponible, sera sans effet pour tout l'excédent ». Leur réserve est ainsi protégée et ils pourront solliciter la réduction de tout ce que le survivant recueillerait en plus de la moitié de la communauté¹⁰.

Notons que le partage égal d'acquêts inégalement constitués est un avantage matrimonial qui découle du fonctionnement du régime. Il ne sera cependant jamais constitutif de libéralité, tant à l'égard des enfants non communs que communs (art. 1465, *in fine*, C. civ.)¹¹.

L'Administration fiscale n'a pas manqué d'invoquer la requalification en libéralité des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil à son profit, afin d'asseoir une taxation de ces avantages matrimoniaux en ce qu'ils pourraient être qualifiés d'institutions contractuelles (art. 2 C. succ.). Cette position administrative est critiquable au vu de la *ratio legis* des dispositions précitées du Code civil : l'imputation de ces avantages matrimoniaux sur la quotité disponible ne peut profiter qu'aux personnes visées par la protec-

tion, à savoir les enfants du défunt, de sorte que seuls ces derniers peuvent se prévaloir de cette requalification¹². En aucun cas, ces dispositions ne transforment l'avantage matrimonial en donation ou en institution contractuelle¹³. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans un arrêt largement commenté du 10 décembre 2010 mettant en cause une clause de la maison mortuaire¹⁴ (attribution intégrale de la communauté à l'épouse à la dissolution du régime sans condition de survie) combinée à un apport d'immeubles¹⁵. Dans cette affaire, l'Administration avait notamment tenté de se prévaloir de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil pour inclure dans la succession du défunt la moitié des biens immeubles apportés. La Cour rejette fermement cette pratique en rappelant que cette disposition « n'implique pas que l'excédent est une donation, mais a pour seule conséquence que cet avantage, lors du décès de l'époux qui a apporté des biens propres au patrimoine commun, peut être soumis à réduction ». Cet excédent n'est donc pas taxable sur la base de l'article 2 du Code des droits de succession¹⁶. Nous partageons l'avis des auteurs qui estiment que l'enseignement de cet arrêt peut être étendu aux articles 1458, alinéa 2, et 1465 du Code civil¹⁷.

C. Controverses quant au champ d'application de la théorie des avantages matrimoniaux

Nous l'avons vu, le fondement légal de la théorie des avantages matrimoniaux réside dans les articles 1458, alinéa 1^{er}, et 1464, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui qualifient ces avantages de « conventions de mariage ». Deux grandes interrogations ont divisé la doctrine sur le domaine ou le champ d'application de cette théorie : la qualification d'avantage matrimonial est-elle liée à la présence d'une condition de survie, d'une part, et est-elle limitée aux avantages stipulés dans les régimes de communauté, d'autre part ?

1. Exigence d'une condition de survie ?

La première question est d'un intérêt pratique central, dans une perspective fiscale, puisque la présence d'une condition de survie constitue un critère de taxation de l'avantage matrimonial au titre de l'article 5

9. Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 41, n° 11.

10. Pour un exemple chiffré : F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *Rev. not. belge*, 2016, p. 444.

11. H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *op. cit.*, p. 12 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 38, n° 6.

12. En ce sens et pour plus de détails : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, pp. 50 à 54, n°s 26 à 32. Les autres héritiers sont d'ailleurs exclus du bénéfice de ces dispositions : H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *op. cit.*, p. 13.

13. A. VERBEKE, « Aanwinsten als 'échappement' voor een evenwichtig huwelijksvermogensrecht », *op. cit.*, pp. 28 et 29.

14. Nous analyserons le régime de cette clause en détail *infra*, p. 295.

15. Cass., 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 115, note V. DEHALLEUX ; *F.J.F.*, 2011, p. 683, note ; *J.T.*, 2011, p. 92, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *Limb. rechtsl.*, 2011, p. 120, note B. INDEKEU ; *N.F.M.*, 2011, p. 168 ; *N.J.W.*, 2011, p. 545, note C. DECLERCK ; *Pas.*, 2010, p. 3174 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 121, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *Rev. not. belge*, 2011, p. 427, note S. LOUIS ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX ; *T.E.P.*, 2011, p. 112, note A. VERBEKE et R. BARBAIX, note N. GEELHAND DE MERXEM ; *T.Fam.*, 2011, p. 138, note F. BUYSENS ; *T. Not.*, 2011, p. 11 ; *T.F.R.*, 2011, p. 170, note G. DEKNUDT.

16. Dans le même sens : Anvers, 24 juin 2008, *A.F.T.*, 2009, p. 30, note B. INDEKEU ; *F.J.F.*, 2010, p. 217 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 876 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (sommaire) ; *T.E.P.*, 2008, p. 356, note A. VERBEKE ; *T. Not.*, 2008, p. 486.

17. En ce sens : N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU, « La clause dite de la 'mortuaire' plus vivante que jamais », note sous Cass., 10 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 94, n° 5 ; A. VERBEKE et R. BARBAIX, « De sterfhuisclausule springlevend », *T.E.P.*, 2011, p. 111.

du Code des droits de succession (*infra*, p. 288). Il s'avère donc particulièrement intéressant de savoir s'il est possible de stipuler un avantage matrimonial par contrat de mariage sans que celui-ci ne soit soumis à une quelconque condition de survie du bénéficiaire.

Selon certains auteurs, il ne saurait être question d'avantage matrimonial que pour autant que celui-ci soit stipulé sous condition de survie d'un époux¹⁸. L'argument invoqué est d'ordre textuel : les articles 1458 et 1464 du Code civil devraient être lus en combinaison avec les articles 1457 et 1461 qui disposent que les époux peuvent prévoir « que celui qui survivra ou l'un d'eux s'il survit » pourra prélever certains biens avant partage ou recevoir plus que la moitié de la communauté¹⁹.

Une doctrine majoritaire balaie toutefois cet argument au motif que la condition de survie n'est pas prescrite par la loi et que le principe d'autonomie de la volonté prévaut en la matière²⁰. Ainsi, les articles précités ne donneraient que des exemples de ce que les époux peuvent stipuler à titre d'avantage matrimonial, sans pour autant exclure de ce régime les autres clauses, notamment celles stipulées sans condition de survie²¹. Selon ces auteurs, constituent des avantages matrimoniaux l'ensemble des avantages qui résultent du fonctionnement, de la composition, de la liquidation ou du partage du régime matrimonial et qui portent sur des acquêts du couple. La qualification d'avantage matrimonial à titre onéreux est donc fonction de la nature des biens sur lesquels porte cet avantage – les acquêts – et non de la présence d'une condition de survie²². Selon les partisans de cette thèse, l'arrêt précité du 10 décembre 2010 de la Cour de cassation confirme que les avantages matrimoniaux peuvent être stipulés sans condition de survie²³. Nous partageons leur avis dès lors que la Cour y affirme que doit être rejetée la thèse selon laquelle une clause d'attribution du patrimoine commun ne pourrait être considérée comme une convention de mariage que si elle

est dépendante d'une condition de survie.

2. Application de la théorie en régime de séparation de biens ?

Pour les mêmes raisons, une part importante de la doctrine estime que la théorie des avantages matrimoniaux est applicable aux régimes séparatistes, la notion d'acquêts devant être comprise comme une notion qui transcende les régimes²⁴. Il importe donc peu qu'aucune disposition légale ne prévoie la possibilité de stipuler des avantages matrimoniaux dans les régimes de séparation de biens²⁵. La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 5 octobre 2004, estimant qu'il peut être question d'un avantage matrimonial dans un régime de séparation de biens dès lors qu'il porte sur des acquêts, quand bien même ces acquêts ne seraient pas compris dans un patrimoine commun²⁶.

La doctrine qui admet une extension de la théorie des avantages matrimoniaux en séparation de biens plaide, à juste titre, pour une application par analogie des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil²⁷.

II. Le contrat de mariage comme outil de planification successorale

Le contrat de mariage constitue un instrument privilégié de planification patrimoniale entre époux, car il leur offre un espace de liberté, combiné à des garanties que ne permettent pas le testament ou la donation de par leur caractère essentiellement révocable. Sur un plan civil, la rédaction du contrat de mariage ne connaît pas d'autres limites que le respect des principes et dispositions visées aux articles 1387 à 1389 du Code civil (notamment les articles 212 à 224 du Code civil qui constituent le régime primaire des

18. W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 349, n° 640 ; C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, pp. 477 et 478.
19. S'y ajoute l'article 1429 du Code civil qui fait également expressément référence aux « droits de survie ».
20. Voir not. : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 47, n° 22 ; H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *op. cit.*, p. 295 ; A. VERBEKE et R. BARBAIX, « De sterfhuisclausule springlevend », *T.E.P.*, 2011, p. 108, n°s 136 et 137.
21. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *op. cit.*, p. 293.
22. H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *op. cit.*, p. 293 ; A. VERBEKE, « Aanwinsten als 'échappement' voor een evenwichtig huwelijksvermogensrecht », *op. cit.*, pp. 37 et 38 et *partim*.
23. *Contra* : C. DE WULF, « Het recente cassatiearrest in verband met de sterfhuisclausule. Duidelijkheid op fiscaal gebied – Cruciale vragen van burgerlijk recht blijven buiten beschouwing », *T. Not.*, 2011, p. 5.
24. Voir not. : H. CASMAN et A. VERBEKE, « Wat is een huwelijksvoordeel? », *op. cit.*, p. 294 ; Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, pp. 56 à 62, n°s 34 à 39 ; A. VERBEKE, « Le conjoint survivant, prolongement du couple. Protection du conjoint survivant par contrat de mariage », p. 28, n° 20 et « Séparation de biens avec clause de participation relative aux acquêts : avantage matrimonial ou avantage réductible ? », pp. 202 et 203, n°s 181 à 183, in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009.
25. *Contra* : C. DE WULF, « Een kritische doorlichting van de recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule », *T. Not.*, 2008, p. 471 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, « Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad », in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 395 à 398. Comp. : L. VOISIN, « Avantages matrimoniaux et libéralités entre époux séparés de biens », *Rev. not. belge*, 2005, p. 689, n° 12, qui, bien qu'il estime que l'extension de la théorie des avantages matrimoniaux en séparation de biens ne peut se justifier *de lege lata*, plaide en faveur d'une détermination du caractère onéreux des clauses des contrats séparatistes en fonction de leur composante aléatoire et réciproque. Voir également F. TAINMONT, « La théorie des avantages matrimoniaux à la veille de la réforme du droit successoral : extension ou abrogation ? », *op. cit.*, p. 460, n° 23, qui estime que le caractère anachronique de la théorie des avantages matrimoniaux n'autorise pas son extension aux régimes séparatistes.
26. Anvers, 5 octobre 2004, *F.J.F.*, 2006, p. 185 ; *N.F.M.*, 2004, p. 268, note A. VERBEKE ; *Rec. gén. enr. not.*, 2005, p. 301, note ; *Rev. not. belge*, 2005, p. 706, note L. VOISIN ; *T.F.R.*, 2005, p. 374, note M. DELBOO et G. DEKNUDT ; *T. Not.*, 2007, p. 510. Dans le même sens : Anvers, 24 juin 2008, *A.F.T.*, 2009, p. 30, note B. INDEKEU ; *F.J.F.*, 2010, p. 217 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 876 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 953 (sommaire) ; *T.E.P.*, 2008, p. 356, note A. VERBEKE ; *T. Not.*, 2008, p. 486.
27. Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 59, n° 37.

époux) et d'une exigence fondamentale de cohérence du régime matrimonial²⁸. Les époux ayant opté pour un régime à base communautaire ne pourront en outre déroger aux règles qui régissent la gestion des patrimoines (art. 1451 *jo.* art. 1415 à 1426 C. civ.) ni à celles relatives au passif à l'égard des créanciers²⁹. Les règles concernant la modification du régime matrimonial en cours de mariage ont par ailleurs été simplifiées par une loi du 18 juillet 2008, ayant supprimé l'exigence d'homologation judiciaire et réduit les cas dans lesquels les parties ont l'obligation de procéder à un inventaire (art. 1394, § 2, C. civ.).

En matière de planification successorale, l'autonomie de la volonté des époux se heurte toutefois à deux dispositions majeures du Code des droits de succession (art. 5 et 106). Nous examinerons, dans un premier temps, ces limites fiscales et leur champ d'application (A). Dans un second temps, nous passerons en revue les clauses les plus intéressantes du contrat de mariage dans la perspective d'un transfert du patrimoine immobilier au conjoint survivant à moindre coût fiscal, en envisageant d'abord les contrats de communauté (B) et ensuite les contrats de séparation de biens (C).

A. Limites fiscales

1. Mesure anti-abus spécifique : requalification des avantages matrimoniaux en libéralités (art. 5 C. succ.)

L'article 5 du Code des droits de succession stipule que « *l'époux survivant, auquel une convention de mariage non sujette aux règles relatives aux donations attribue sous condition de survie plus que la moitié de la communauté, est assimilé, pour la perception des droits de succession et de mutation par décès, à l'époux survivant qui, en l'absence d'une dérogation au partage égal de la communauté, recueille, en tout ou en partie, la portion de l'autre époux, en vertu d'une donation ou d'une disposition testamentaire* ». L'avantage matrimonial est donc assimilé à une libéralité taxable au titre des droits de succession pour la part attribuée au conjoint survivant, sous condition de survie, qui excède la moitié de la communauté.

Cette disposition fait partie des différentes fictions adoptées par le législateur dans le Code des droits de

succession en vue de préserver la base de taxation. Elle vise à limiter les effets des clauses du contrat de mariage qui transforment en propriété personnelle au conjoint survivant, non soumise aux droits de succession, plus de la moitié du patrimoine commun, en taxant celui-ci comme s'il était institué contractuel ou légataire. Ainsi, l'objectif du législateur était de soumettre le conjoint survivant à un même régime fiscal, que les biens communs lui soient transférés par dévolution légale, par testament, par institution contractuelle ou par convention de partage de communauté³⁰.

L'article 5 du Code des droits de succession fait donc *a priori* perdre à la théorie des avantages matrimoniaux tout intérêt sur le plan fiscal, bien que l'intérêt civil évoqué précédemment demeure non négligeable. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que les contribuables aient cherché des moyens de se placer en dehors de son champ d'application ou d'en limiter au maximum l'impact. Les clauses du contrat de mariage imaginées dans cette perspective se déploient autour de trois axes, qui constituent les trois conditions d'application de l'article 5 (outre l'existence d'une convention de mariage non sujette aux règles relatives aux donations) : l'existence d'une communauté, l'attribution dépassant le seuil de la moitié de la communauté et la condition de survie. Nous analyserons le traitement fiscal de chacune des clauses du contrat de mariage envisagées au regard de cette disposition.

2. Mesure générale anti-abus (art. 106, al. 2, C. succ.)

Depuis la loi-programme (I) du 29 mars 2012³¹, il faut en outre compter sur une arme supplémentaire du législateur pour lutter contre le choix de la voie la moins imposée : la nouvelle mesure générale anti-abus. Ainsi, l'article 106, alinéa 2, du Code des droits de succession renvoie à l'article 18, § 2, du Code des droits d'enregistrement dans sa nouvelle rédaction.

Auparavant, la norme générale anti-abus ne constituait pas un danger pour le contribuable dans le cadre d'une planification successorale par contrat de mariage. D'une part, elle ne visait pas les opérations s'inscrivant dans une sphère privée et familiale³² et, d'autre part, elle rendait inopposable à l'Administration fiscale la seule « qualification juridique » des actes posés par le contribuable, ce qui contraignait

28. Voir not. Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1523 ; *N.J.W.*, 2007, p. 797, note G. MAESENEIRE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1300 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK ; *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE, qui estime que la présence de trois patrimoines et les règles relatives aux récompenses sont des éléments essentiels d'un régime en communauté. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 314 à 318, n^{os} 295 à 297.

29. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 313 et 314, n^{os} 293 et 294.

30. A. MAYEUR, « Droits de succession. Droits de succession et de mutation par décès. Établissement de l'impôt successoral en Belgique. Fictions fiscales de transmission successorale. Clauses dérogatoires au partage égal de la communauté (art. 5) », in *Droits de succession 2013*, t. I, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 289, n^o 717.

31. Les recours en annulation introduits contre les articles 167 à 169 de cette loi ont été rejetés par la Cour constitutionnelle : C.C., 30 octobre 2013, n^o 141/2013, *F.J.F.*, 2014, p. 805 ; *J.D.F.*, 2013, p. 218, note D. GARABEDIAN, note J. NEMERY DE BELLEVAUX ; *R.F.R.L.*, 2013, p. 328 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 8 ; *T.V.W.*, 2014, p. 80 ; *R.W.*, 2013-2014, p. 1142 (sommaire).

32. Circulaire n^o 11 du 20 novembre 1996 (abrogée par la circulaire 4/2012 du 4 mai 2012) : « La mesure anti-abus de droit n'est applicable qu'aux opérations entrant dans la sphère des activités économiques. Les opérations accomplies dans le cadre de la gestion du patrimoine privé sortent du champ d'application de cette disposition. Ceci a pour conséquence que l'article 106, deuxième alinéa, du Code des droits de succession perd son utilité ».

celle-ci à requalifier les actes abusifs, tout en veillant à ce que cette nouvelle qualification respecte l'ensemble de leurs effets en droit³³.

L'article 18, § 2, « nouvelle version » vise désormais la sphère privée et familiale³⁴ et rend inopposable à l'Administration non pas la qualification juridique de l'acte, mais bien l'acte lui-même (ou l'ensemble d'actes réalisant une même opération) si l'Administration démontre soit que le contribuable se place *en dehors* du champ d'application d'une disposition du Code en violation des objectifs de celle-ci, soit que le contribuable se place *dans* le champ d'application d'une disposition du Code dans le but essentiel d'obtenir un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition. La charge de la preuve de l'abus fiscal repose en premier lieu sur l'Administration. Le contribuable pourra toutefois apporter la preuve contraire en démontrant que l'acte critiqué poursuit d'autres objectifs que l'évitement de l'impôt.

Désormais, l'Administration fiscale est donc autorisée à invoquer à son profit l'article 106, alinéa 2, du Code des droits de succession pour qualifier d'abusives les clauses du contrat de mariage qui viseraient à exclure l'application de l'article 5 du même Code. L'opération se verra alors taxée conformément à cette disposition, sans autre sanction (pas d'amende ni de majoration) dès lors que l'abus fiscal n'est pas constitutif de fraude fiscale³⁵. L'Administration a adopté différentes circulaires pour préciser le champ d'application de la mesure anti-abus, la dernière en date au niveau fédéral étant celle du 10 avril 2013³⁶. Elle y expose qu'« *il conviendra en principe de juger au cas par cas, en tenant compte du contexte concret et des modalités pour apprécier si un acte est abusif* » en matière de droits d'enregistrement et de succession. Elle reprend toutefois une double liste d'opérations jugées *a priori* non abusives (*white list*) ou abusives (*black list*), sous réserve de preuve contraire³⁷.

Il nous semble que les époux ne seront pas démunis

face à l'Administration dès lors que le choix d'un régime matrimonial, dans ses diverses composantes, a de nombreuses implications civiles. Ceux-ci n'auront dès lors sans doute pas de difficultés à rapporter la « preuve contraire » au sens de l'article 18, § 2, alinéa 3, à savoir que les clauses du contrat de mariage poursuivent un autre but qu'exclusivement fiscal, notamment un souci de protection maximale du conjoint survivant et la volonté de l'avantager par rapport aux autres héritiers³⁸. Cette preuve sera cependant sans doute plus délicate à fournir pour certaines dispositions contractuelles prises *in articulo mortis*, telle la clause de la maison mortuaire, qui poursuit un objectif essentiellement (si pas exclusivement) fiscal³⁹ (*infra*, p. 296).

Notons que cette nouvelle disposition anti-abus n'a pas encore donné lieu, à l'heure de la rédaction de ces lignes et à notre connaissance, à de la jurisprudence en matière de planification patrimoniale par contrat de mariage. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'elle n'est applicable qu'aux actes posés après son entrée en vigueur, donc postérieurs au 1^{er} juin 2012⁴⁰, ce qui n'aura sans doute pas encore permis au contentieux judiciaire de s'exprimer.

B. Conjoints mariés en régime de communauté

1. Préalable : apport en communauté

En régime légal de communauté, il n'est pas rare que l'un des époux soit déjà propriétaire d'un ou plusieurs immeubles avant le mariage ou encore qu'il en hérite durant celui-ci. Ces biens sont propres en application de l'article 1399 du Code civil. L'époux propriétaire peut néanmoins décider d'en faire apport au patrimoine commun par contrat de mariage (art. 1452 C. civ.). L'apport en communauté présente un intérêt sur le plan successoral dans une perspective de protection du conjoint non propriétaire. En effet, si le bien demeure dans le patrimoine propre de l'époux propriétaire, il fera intégralement partie de sa succession

33. En ce sens not. : Cass., 22 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2097 ; *F.J.F.*, 2008, p. 541 ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 1697 ; *R.G.C.F.*, 2008, p. 388 ; *T.B.O.*, 2008, p. 67, note W. DEFOOR ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 152, note S. POT ; *T. Not.*, 2008, p. 18 ; *T.F.R.*, 2008, p. 305, note L. VANHEESWIJCK ; Cass., 4 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2140 ; *F.J.F.*, 2006, p. 64, note ; *J.D.F.*, 2006, p. 45, note X. ; *R.G.C.F.*, 2006, p. 313, note J. BOURS ; *R.W.*, 2006-2007, p. 923, note L. VANDENBERGHE ; *T.F.R.*, 2006, p. 558, note K. SPAGNOLI (impôt sur les revenus – art. 344, § 1^{er}, C.I.R. 92). Comp. : Cass., 10 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1814 ; *A.F.T.*, 2011, p. 27, note D. GARABEDIAN ; *F.J.F.*, 2011, p. 87, note ; *Fiscologue*, 2010, liv. 1212, p. 23 ; *R.A.B.G.*, 2010, p. 1267, note N. COUDER ; *R.G.F.*, 2011, liv. 3, p. 8, note D. GARABEDIAN ; *T.F.R.*, 2012, p. 772 (impôt sur les revenus – art. 344, § 1^{er}, C.I.R. 92).

34. Circulaire n° 4/2012 du 4 mai 2012 (*M.B.*, 14 mai 2012, p. 28141), points C.3.1 et C.2.2.

35. M. VAN MOLLE, « La mesure générale 'anti-abus' en droits d'enregistrement et de succession : *much ado about nothing* », *Droits d'enregistrement*, 2012, liv. 3, p. 4 ; M. BOURGEOIS et A. NOLLET, « La réécriture de la mesure 'générale anti-abus' applicable en matière d'impôts sur les revenus, de droits d'enregistrement et de droits de succession », *J.T.*, 2012, p. 499. Voir toutefois : circulaire 4/2012 du 4 mai 2012, point C.2.4, dernier paragraphe, sur la possibilité d'appliquer des accroissements concernant l'article 344, § 1^{er}, du C.I.R. 92.

36. Circulaire n° 5/2013 du 10 avril 2013. En Flandre, cette circulaire a été remplacée par une circulaire n° 2014/2 du 23 décembre 2014, elle-même remplacée par la circulaire 2015/1 du 16 février 2015.

37. Pour une critique de cette façon de procéder eu égard à la charge qui pèse sur l'Administration fiscale de prouver la contrariété des opérations visées aux objectifs des différentes dispositions du Code : V. DEHALLEUX, « Anti-abus et planification successorale : le point sur les circulaires fédérales et flamandes », *Rec. gén. enr. not.*, 2015, p. 425 ; Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 145.

38. En ce sens : Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *op. cit.*, p. 146.

39. En ce sens : L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 102 ; Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *op. cit.*, pp. 151 et 152.

40. Pour les opérations complexes combinant plusieurs actes juridiques, l'ensemble de ces actes doivent avoir été posés après le 1^{er} juin 2012 pour que l'opération soit visée par la nouvelle disposition anti-abus : N. GEELHAND DE MERXEM, « Trois questions parlementaires sur la disposition anti-abus en matière de droits de succession », *Info Droits de succession*, n° 7/2013, p. 7 ; M. BOURGEOIS et A. NOLLET, « La réécriture de la mesure 'générale anti-abus' applicable en matière d'impôts sur les revenus, de droits d'enregistrement et de droits de succession », *J.T.*, 2012, pp. 502 et 503.

en cas de prédécès. En revanche, si le bien dépend du patrimoine commun, le conjoint survivant « non-proprétaire » en recueillera la moitié en pleine propriété en vertu de la liquidation du régime matrimonial, donc sans payer de droits de succession, et le surplus en usufruit dans le cadre de la dévolution successorale. En l'absence de descendant du défunt, le conjoint survivant recueillera même la pleine propriété du bien apporté (art. 745bis, § 1^{er}, al. 2, C. civ.).

L'apport peut viser des biens présents ou futurs. L'apport d'un immeuble sera généralement accompagné de celui de la dette hypothécaire qui le grèverait encore afin de faire coïncider actif et passif du patrimoine commun⁴¹. Si l'époux apporteur a reçu l'immeuble par donation, il y aura lieu de vérifier que l'acte de donation ne restreint pas cette faculté par une clause d'inaliénabilité ou d'interdiction d'ameublement.

L'apport en communauté s'avérera particulièrement judicieux lorsque les époux envisagent de construire leur future habitation sur un terrain propre à l'un d'eux. À défaut, les constructions suivraient en effet le statut propre du terrain par le jeu de l'accession, ce qui priverait le conjoint non-proprétaire de tous droits sur l'immeuble en cas de divorce (sous réserve d'une récompense revalorisable pour les fonds communs ayant financé la construction – art. 1432 et 1435 C. civ.), ou limiterait ses droits à un usufruit en cas de décès. Une renonciation à l'accession par l'époux propriétaire est également envisageable, mais présentera l'inconvénient de donner des statuts différents au terrain (propre) et aux constructions (communes).

Le tarif fiscal avantageux de l'apport sur le plan des droits d'enregistrement contribue certainement à son succès. Il permet en effet au conjoint de l'apportant de devenir propriétaire de la moitié de l'immeuble

moyennant le paiement du seul droit fixe général⁴².

L'on rappellera que la Cour de cassation⁴³ considère que l'apport en communauté n'est pas visé par l'article 299 du Code civil de sorte qu'il survit en principe au divorce des parties. L'article 1455 du Code civil, disposition supplétive, prévoit certes un droit de reprise de l'apport (existant encore en nature), mais celui-ci doit être imputé sur la part du conjoint apporteur⁴⁴. Afin d'éviter à l'époux apporteur ce droit de reprise à titre onéreux ou encore que le bien se retrouve pour moitié dans la succession du conjoint « non-apporteur » prédécédé, l'apport sera utilement stipulé sous condition résolutoire de divorce et/ou de prédécès de l'époux de l'apportant⁴⁵. L'on veillera alors à prévoir l'établissement de comptes de récompenses, notamment pour le cas où la communauté aurait financé les mensualités de l'emprunt hypothécaire ou encore la réalisation de travaux d'amélioration. Les époux pourraient préférer stipuler un droit de reprise à titre gratuit au profit de l'époux apporteur, éventuellement à l'exclusion de ses héritiers⁴⁶. À l'inverse, toute faculté de reprise pourrait également être exclue par les époux, notamment en cas d'apport d'un terrain sur lequel les époux envisagent de construire durant le régime⁴⁷.

Notons qu'en cas de stipulation de l'apport sous condition résolutoire, le retour du bien dans le patrimoine de l'époux apporteur sera soumis au droit fixe général (€ 50) et non au droit de partage (1 %) ⁴⁸. L'Administration fiscale a confirmé cette position dans une décision du 25 janvier 2005⁴⁹. Il est donc bien plus intéressant de faire jouer la condition résolutoire que d'exercer la faculté de reprise à titre onéreux de l'article 1455 du Code civil ou de stipuler une clause de reprise sur prisée (le cas échéant à titre gratuit) qui

41. Les époux pourront ainsi moduler ou déroger à l'article 1452, alinéa 2, du Code civil dans le contrat de mariage.

42. E. SPRUYT, « Fiscaal statuut van huwelijkscontracten, wijzigingen van huwelijkscontracten, samenlevingscontracten, testamenten en gelijkaardige akten », in F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 1841 ; V. DEHALLEUX, « Étendue et composition du patrimoine commun : aspects fiscaux », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Vie commune. Livre 1^{er}*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 71, n° 61 ; F. BUYSENS, « Extension du patrimoine commun : apport d'un bien immobilier », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 80, n° 59. En revanche, selon une décision administrative du 30 mai 2012, l'apport d'un immeuble propre à un patrimoine commun interne stipulé dans une convention de vie commune entre *cohabitants légaux* sera soumis au droit de vente ou de donation sur la moitié du bien, selon qu'il est effectué à titre onéreux ou à titre gratuit (*Rec. gén. enr. not.*, 2012, n° 26.416, p. 344).

43. Cass., 23 novembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1929 ; *E.J.*, 2002, p. 27, note K. VANWINCKELEN ; *Rev. not. belge*, p. 318, note C. GIMENNE ; *T. Not.*, 2002, p. 86 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 1608, note ; *R.G.D.C.*, 2003, note W. PINTENS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 634, note. Dans le même sens : J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », in *Notariële actualiteit 2008-2009*, C. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éd.), Gand, Larcier, 2008, p. 63, n° 38.

44. Lorsque le bien apporté est le logement familial, le conflit entre la faculté de reprise de l'apport (art. 1455) et l'attribution préférentielle (art. 1446 et 1447) est traditionnellement résolu dans le sens d'une prévalence de la première sur la seconde : B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 76, n° 55. *Contra* : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 276, n° 257, qui estime que le juge doit conserver une marge d'appréciation.

45. L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 99. Sur les discussions autour de la validité civile de l'apport sous condition résolutoire, notamment au regard de la règle de l'immutabilité du régime matrimonial, et son opposabilité aux tiers : J. VERSTRAETE, « Inbreng in gemeenschap », *op. cit.*, pp. 47 à 53, n°s 13 à 20 ; Comité d'études et de législation, « Dossier n° 4379. Régime matrimonial – Apport d'un bien à la communauté sous condition résolutoire », in *Travaux du Comité d'études et de législation. Année 2008-2009*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 203 à 262.

46. C. GIMENNE, « Modalisation de l'apport : clause de reprise des biens en cas de divorce », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 112, n° 96. L'auteur précise à juste titre qu'il y aura lieu de tenir compte des fonds investis par le patrimoine commun dans le bien durant le mariage et de prévoir un mécanisme d'indemnisation pour celui-ci.

47. C. GIMENNE, « Modalités de l'apport : dérogation à l'article 1455 du Code civil par abandon du droit de reprise lors de la liquidation du patrimoine commun », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 108, n° 91.

48. En ce sens : L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », *op. cit.*, p. 99 ; W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 9.

49. Déc. du 25 janvier 2005, n° E.E./98.926.

entraîneront, quant à elles, la perception du droit de partage (art. 109)⁵⁰.

Sous réserve des articles 1458, alinéa 2, 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil, l'apport en communauté est considéré comme un avantage matrimonial à titre onéreux⁵¹. En tant que tel, il n'est pas visé par l'article 5 du Code des droits de succession, puisqu'il ne déroge pas au partage par moitié du patrimoine commun. Prise isolément, la clause d'apport ne sera à notre avis pas davantage constitutive d'abus fiscal : d'une part, l'on ne voit pas aux objectifs de quelle disposition du Code des droits de succession elle contreviendrait et, d'autre part, les motifs civils de l'adoption d'une telle clause devraient suffire à renverser la présomption d'abus⁵². L'apport constitue donc un préalable indispensable si l'on veut transférer un patrimoine immobilier propre au conjoint survivant, afin de le combiner à une clause de préciput ou d'attribution intégrale. Dans ce cas, l'opération s'avérera en effet plus intéressante fiscalement – droits de succession perçus sur la moitié de l'immeuble apporté transféré par préciput ou clause d'attribution (art. 5) – que la donation de la pleine propriété de l'immeuble au conjoint – droits de donation perçus sur la totalité de l'immeuble donné – et ce même compte tenu de la récente diminution des tarifs des droits de donation en Région wallonne⁵³.

2. Clause de préciput

Les époux peuvent convenir par contrat que le survivant, ou l'un d'eux s'il survit, pourra prélever avant tout partage soit une certaine somme, soit certains biens présents en nature, soit une quotité d'une espèce déterminée de biens dans le patrimoine commun (art. 1457 C. civ.). La clause de préciput constitue un avantage matrimonial (art. 1458, al. 1^{er}, C. civ.).

Ainsi, les époux peuvent stipuler une clause de préciput qui porte sur certains ou l'ensemble des immeubles dépendant du patrimoine commun au profit du conjoint survivant. L'intérêt civil est d'attribuer au conjoint survivant, à titre onéreux, tout ou partie du patrimoine immobilier et ainsi de le faire échapper au rapport ou à l'action en réduction. Les enfants pour-

ront toutefois imputer l'avantage matrimonial sur la quotité disponible à concurrence de la moitié⁵⁴ des biens ainsi prélevés qui étaient entrés en communauté par le biais d'un apport de l'époux prédécédé (art. 1458, al. 2, C. civ.) ou, pour les enfants non communs, à concurrence de tout ce qui excéderait la part qu'aurait reçue le survivant en l'absence d'avantage matrimonial (art. 1465 C. civ.).

Sur le plan fiscal, le préciput est visé par l'article 5 du Code des droits de succession puisqu'il implique, par essence, une dérogation au partage par parts égales en autorisant le prélèvement de certains biens avant tout partage du patrimoine commun et sans devoir en imputer la valeur. L'on pourrait toutefois envisager de stipuler une clause de préciput au profit d'un conjoint déterminé quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial⁵⁵. Pareille clause fera échapper l'avantage matrimonial à l'article 5 à défaut d'être stipulée sous condition de survie. Selon Messieurs DE PAGE et VAN MOLLE, elle ne serait pas davantage constitutive d'abus fiscal dès lors qu'elle porterait « *sur un bien commun déterminé que les époux ont, consciemment, décidé d'attribuer à tel époux quelle que soit la cause de dissolution du mariage* »⁵⁶. Nous détaillerons davantage la faculté de stipuler des avantages matrimoniaux sans condition de survie dans la section consacrée à la clause de la maison mortuaire (*infra*, p. 295).

Enfin, lorsque le préciput porte sur des immeubles, se pose encore la question de la nécessité d'un acte de partage pour rendre l'attribution opposable au fisc et aux héritiers. Le partage immobilier suppose en effet en principe la rédaction d'un acte notarié enregistrable (art. 19 C. enr.) et la perception d'un droit de partage (art. 109 C. enr.). Toutefois, selon un rapport du Comité d'études et de législation, l'attribution d'un bien immobilier par préciput découle directement du contrat de mariage, de sorte que le droit de partage n'est pas dû. L'époux survivant reçoit le bien directement et immédiatement par l'effet de la clause du contrat de mariage et non par l'effet d'une convention de partage⁵⁷.

50. Déc. du 4 novembre 2002, n° E.E./98.926. Voir également J. ESPEEL, « Verdelingen en gelijkstaande overdrachten. Belastbare rechtshandelingen », in F. WERDE-FROY, *Registratierechten 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 1407 et 1408, n° 942 ; Comité d'études et de législation, « Dossier n° 4410 – Burgerrechtelijke en fiscale gevolgen van (optionele) huwelijksvermogensrechtelijke clausules die verband houden met de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen », *Notamus*, 2014/2, p. 7.

51. B. CARTUYVELS, « Extension du patrimoine commun : apport », *op. cit.*, p. 70, n° 46.

52. En ce sens : Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *op. cit.*, p. 150 ; Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, p. 396, n° 61.

53. Modification de l'article 131 du Code des droits d'enregistrement par le décret du 17 décembre 2015 (e.e.v. 1^{er} janvier 2016). En matière mobilière en revanche, la donation au conjoint pourra s'avérer moins onéreuse sur le plan fiscal en raison du tarif réduit de l'article 131bis du Code des droits d'enregistrement (taux de 3,3 %).

54. Certains auteurs soulignent l'incohérence du législateur qui n'autorise l'imputation qu'à concurrence de la moitié du bien apporté, et laisse subsister la qualification à titre onéreux pour le surplus, alors que celui-ci ne constitue pas un acquêt : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux. Notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », *op. cit.*, p. 41, n° 13 ; M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », in *La famille et son patrimoine en questions*, M. VAN MOLLE (coord.), Limal, Anthemis, 2015, p. 92, n° 21.

55. De même qu'il est possible de stipuler que le droit à préciput sera exercé en cas de divorce, l'article 299 du Code civil étant supplétif : L. ROUSSEAU, « Clause de préciput », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 127.

56. Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, p. 397, n° 66.

57. Comité d'études et de législation, « Dossier n° 4410 – Burgerrechtelijke en fiscale gevolgen van (optionele) huwelijksvermogensrechtelijke clausules die verband

3. Clause d'attribution (optionnelle)

Une autre façon d'assurer au conjoint survivant la pleine propriété des immeubles à titre onéreux consiste à stipuler une clause d'attribution intégrale du patrimoine immobilier en cas de dissolution du mariage par décès. La clause que nous envisageons ici se situe à mi-chemin entre une clause de préciput et de partage inégal. Elle vise en effet, à la manière d'un préciput, l'attribution d'une catégorie de biens déterminée au conjoint survivant – les immeubles – et non d'une fraction du patrimoine commun, sans pour autant qu'il s'agisse d'un prélèvement préalable à partage.

Ainsi, à titre d'exemple, en présence d'un patrimoine immobilier commun évalué à € 600 000 tandis que les valeurs mobilières s'élèvent à € 200 000, l'attribution des immeubles au conjoint survivant aboutit à un partage inégal de communauté à concurrence de $\frac{3}{4}$ pour celui-ci et de $\frac{1}{4}$ pour la succession du prémourant. Dans une perspective de protection du conjoint survivant, l'on veillera à anticiper l'hypothèse où le patrimoine immobilier s'avérerait inférieur au patrimoine mobilier en prévoyant que la part du conjoint survivant sera, le cas échéant, complétée par l'attribution de valeurs mobilières à concurrence d'un montant qui lui assurera, à tout le moins, une part équivalente à la moitié de l'actif commun net. Notons que l'objectif de transfert du patrimoine immobilier au conjoint survivant serait également rencontré par une clause d'attribution totale du patrimoine commun, qui attribuerait 100 % des biens meubles et immeubles au conjoint survivant.

La clause de partage inégal constitue un avantage matrimonial et des considérations similaires à celles formulées en matière de préciput doivent être émises : l'avantage sera soumis aux requalifications des articles 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil et à l'article 5 du Code des droits de succession à concurrence de ce qu'il attribuera en plus de la moitié du patrimoine commun au conjoint survivant. Pour les mêmes raisons que celles évoquées *supra*, le droit de partage ne sera en principe pas perçu sur la mutation immobilière dès lors que celle-ci est l'effet direct et automatique de la clause du contrat de mariage⁵⁸.

La clause de partage inégal de communauté présente un attrait civil indéniable dans une perspective de protection du conjoint survivant. Néanmoins, sa

charge fiscale globale s'avère nettement plus lourde que lorsque le contribuable reste sur le terrain de la dévolution légale. En cas d'attribution intégrale en pleine propriété par exemple, le conjoint survivant sera en effet taxé sur tout ce qu'il recueille en plus de la moitié du patrimoine commun par le jeu de l'article 5, puis, dans un second temps, les enfants seront taxés sur l'entière du patrimoine commun (subsistant) dont ils hériteront au décès du survivant. La charge fiscale est dès lors plus importante que si le conjoint survivant et les enfants avaient été taxés respectivement sur l'usufruit et la nue-propriété de la moitié de la communauté au premier décès et ensuite les enfants sur la pleine propriété de la seule autre moitié de la communauté au second décès⁵⁹.

Face à ce constat, la doctrine a imaginé des clauses alternatives permettant de réduire cette charge fiscale. Une première proposition consiste à stipuler les clauses de partage (ou de préciput) de manière *optionnelle*, ce qui permet au conjoint survivant d'exercer son choix (attribution de tout ou partie du patrimoine commun, de certains biens qu'il détermine, en pleine propriété ou en usufruit, ...) notamment compte tenu de sa capacité financière à assumer les droits de succession correspondants. Le conjoint survivant pourra ainsi exercer l'option en décidant de se voir attribuer tout ou partie des biens immobiliers communs, en pleine propriété ou en usufruit. Il échappera à l'article 5 du Code des droits de succession uniquement si l'option exercée lui attribue en valeur une part ne dépassant pas la moitié de la communauté. L'article 68 du même Code ne trouve pas à s'appliquer dès lors que le conjoint survivant exerce une option prévue par le contrat de mariage et ne renonce aucunement à une disposition testamentaire ou une institution contractuelle⁶⁰. L'Administration admet donc la taxation sur la base du choix effectivement exercé par le conjoint.

Le caractère optionnel de la clause divise la doctrine sur la question de la nécessité d'un acte de partage et la perception des droits d'enregistrement correspondants (art. 109 C. enr.). Selon certains auteurs, une indivision naît entre le conjoint survivant et les héritiers du défunt et un partage effectif, amiable ou judiciaire, devra nécessairement intervenir après que le conjoint survivant ait exercé son choix dans le cadre de la clause d'attribution optionnelle. Si ce choix implique l'attribution d'un ou plusieurs immeuble(s), le droit de partage sera perçu⁶¹. D'autres estiment que l'option exercée par le conjoint survivant entraîne une attribu-

houden met de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen », *Notamus*, 2014/2, p. 7. Dans le même sens : J. ESPEEL, « Verdelingen en gelijkstaande overdrachten. Belastbare rechtshandelingen », in F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 1407, n° 942.

58. Comité d'études et de législation, « Dossier n° 4410 – Burgerrechtelijke en fiscale gevolgen van (optionele) huwelijksvermogensrechtelijke clausules die verband houden met de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen », *op. cit.*, pp. 7 et 8 ; J. ESPEEL, « Verdelingen en gelijkstaande overdrachten. Belastbare rechtshandelingen », *op. cit.*, p. 1409, n° 942².

59. H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, pp. 19 et 20 ; J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 551.

60. En ce sens : L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale*, Limal, Anthemis, 2013, p. 102. Et ce même si le conjoint renonce à se prévaloir de la clause : M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », *op. cit.*, p. 90, n° 18, note 30.

61. En ce sens : E. SPRUYT, « Fiscaal statuut van huwelijkscontracten, wijzigingen van huwelijkscontracten, samenlevingscontracten, testamenten en gelijkaardige

tion qui peut éviter un partage et une constitution des lots. L'exercice de l'option aurait un effet rétroactif au jour de la dissolution du régime et, par conséquent, il n'y aurait pas de succession dans le temps d'une indivision puis d'une attribution à titre de partage⁶². La rédaction de la clause d'attribution est à cet égard déterminante et devra faire apparaître que l'attribution optionnelle des biens communs est la suite d'une clause d'attribution dérogeant à l'article 1445 du Code civil et non une simple modalité de composition des lots consécutive à un partage. Un acte notarié demeurera néanmoins obligatoire pour assurer l'opposabilité de la mutation immobilière aux tiers⁶³.

Une autre optique consiste à imaginer des clauses visant à faire échapper complètement l'avantage matrimonial à la fiction de l'article 5 du Code des droits de succession. Nous examinerons les deux principales dans les deux prochaines sections (4 et 5).

4. Clause d'attribution avec charge (optionnelle)

Dans la perspective de créer un avantage matrimonial qui resterait en dehors du champ d'application de l'article 5 du Code des droits de succession, Madame CASMAN a proposé d'assortir la clause d'attribution inégale ou intégrale du patrimoine commun au conjoint survivant d'une *charge*, de sorte que, *in fine* et en valeur, le conjoint survivant ne reçoit pas plus de la moitié de la communauté. Cette clause est traditionnellement nommée « clause Casman » ou « *verblijvingsbeding onder last* ».

Le mécanisme de cette clause joue en deux temps et peut être résumé comme suit. Au décès du premier conjoint, le survivant reçoit l'intégralité⁶⁴ du patrimoine commun, mais celle-ci est compensée par une charge en faveur de la succession du prémourant, égale à la moitié de la valeur nette du patrimoine commun. De cette manière, le survivant reçoit en valeur une part égale à la moitié de la communauté et échappe à l'application de l'article 5. Une créance égale à la moitié du patrimoine commun est quant à elle inscrite à l'actif de la succession du prémourant et taxée dans le chef des héritiers (sur l'usufruit du conjoint survivant et la nue-propriété des enfants). Elle ne sera en principe exigible qu'à terme de décès

du conjoint survivant et devra donc être évaluée en tenant compte de ce paiement différé. Dans un second temps, au décès du conjoint survivant, sa succession sera notamment composée, à l'actif, des biens communs subsistants et, au passif, de la dette née de la clause d'attribution qui n'aura pas été acquittée de son vivant. La charge diminue donc d'autant l'actif successoral taxable au décès du survivant, de sorte que, *in fine*, la taxation globale est la même que si les époux n'avaient pas dérogé au partage égal de communauté⁶⁵.

La clause d'attribution avec charge pourra être stipulée selon diverses modalités, notamment être optionnelle (« *keuzebeding onder last* »⁶⁶). Elle n'aboutira pas nécessairement à l'attribution de tout le patrimoine commun, mais pourra porter sur une part seulement de celui-ci, par exemple les immeubles. Dans ce cas, la charge devra être déterminée à concurrence de la part reçue par le conjoint survivant qui excède la moitié de l'actif net du patrimoine commun⁶⁷.

Afin d'éviter toute taxation sur pied de l'article 5 du Code des droits de succession, la créance à inscrire à l'actif successoral du prémourant devra être stipulée productive d'intérêts. Une créance à terme non productive d'intérêts aurait en effet nécessairement une valeur vénale inférieure à son montant nominal et ne compenserait pas complètement la part reçue par le conjoint survivant en sus de la moitié de la communauté. La différence serait alors soumise à l'article 5⁶⁸.

Si la clause d'attribution (optionnelle) avec charge semble apte à éviter la requalification en libéralité de l'article 5, elle pose néanmoins d'autres questions susceptibles de remettre en cause son intérêt fiscal.

D'une part, lors du second décès, se pose la question si la dette inscrite au passif de la succession du conjoint survivant est soumise à l'article 33 du Code des droits de succession qui exclut du passif successoral les dettes contractées par le défunt au profit de ses héritiers. Selon la majorité des auteurs, la dette ne tombe pas sous le champ d'application de cette disposition dès lors qu'elle n'a pas été contractée par le conjoint survivant au profit de ses héritiers, mais bien entre les deux conjoints au profit des héritiers du

akten », in F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014-2015*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 1843 ; H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 30 ; J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », *op. cit.*, p. 558 ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 725.

62. Ph. DE PAGE, « L'opposabilité aux tiers des clauses de partage ou d'attribution du patrimoine commun – Conséquences civiles et fiscales », *Rev. not. belge*, 2015, pp. 165 et 166, n° 9 ; Comité d'études et de législation, « Dossier n° 4410 – Burgerrechtelijke en fiscale gevolgen van (optionele) huwelijksvermogensrechtelijke clausules die verband houden met de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen », *Notamus*, 2014/2, pp. 7 et 8. Le raisonnement s'applique de la même manière à une clause de préciput optionnelle.

63. Ph. DE PAGE, « L'opposabilité aux tiers des clauses de partage ou d'attribution du patrimoine commun – Conséquences civiles et fiscales », *op. cit.*, p. 168, n° 10.

64. L'attribution pourra également porter sur une quote-part du patrimoine commun, la charge étant alors déterminée à concurrence de ce que le survivant aura reçu au-delà de la moitié de ce patrimoine.

65. H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, pp. 20 à 23.

66. Pour un exemple de clause : J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », *op. cit.*, p. 557 (qui reprend une clause proposée par Madame CASMAN).

67. L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », *op. cit.*, p. 104.

68. En ce sens : L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », *op. cit.*, p. 104. Pour un exemple chiffré : W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, J.-L. RENÇON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 15, n° 15.

conjoint premier mourant⁶⁹. Elle serait donc soumise à l'article 29 du Code qui exige simplement de prouver l'existence de la dette, ce qui ne devrait pas s'avérer trop difficile compte tenu du contrat de mariage.

D'autre part, l'Administration fiscale pourrait considérer la clause CASMAN comme abusive au regard de la nouvelle disposition anti-abus (art. 106 C. succ.). C'est du moins en ce sens que s'est prononcé le Service des décisions anticipées (SDA), interrogé par des époux sur la validité de la modification envisagée de leur contrat de mariage. La clause visait l'attribution au conjoint survivant de la totalité du patrimoine commun ou de tous les biens communs qu'il désignera, moyennant le paiement d'une charge à la succession du prémourant égale à la valeur nette de la moitié de la part du patrimoine commun qu'il choisira, dans la mesure où cette valeur excéderait 50 % du patrimoine commun. Il était en outre prévu que la charge porterait intérêts de plein droit jusqu'au paiement, celui-ci pouvant être fait à tout moment par le conjoint survivant, mais ne pouvant être exigé aussi longtemps qu'il sera en vie. Le SDA va raisonner en deux temps, décomposant les deux branches de la clause. Il reconnaît tout d'abord que l'attribution de tout ou partie du patrimoine commun au conjoint survivant poursuit des motifs civils tels que la protection de ce dernier, le maintien de son cadre de vie ou encore la volonté d'éviter un démembrement de propriété. Néanmoins, il estime que le paiement d'une charge qui ne devient exigible qu'au décès du conjoint survivant ne se justifie pas par d'autres motifs que d'éviter les droits de succession. D'une part, l'existence réelle de la charge pourrait être mise en doute dès lors qu'elle s'éteint par confusion au moment même où elle devient exigible, ce qui lui conférerait un caractère « artificiel ». D'autre part, il serait douteux que la charge puisse être reprise à l'actif de la succession du prémourant dès lors que l'attribution correspondante des biens communs n'aurait pas lieu à cause de mort mais en vertu du contrat de mariage⁷⁰.

Cette décision a suscité des réactions contrastées en

doctrine. Monsieur GEELHAND DE MERXEM a fermement condamné la position du SDA, notamment parce que la décision ne motive pas en quoi les époux se placeraient, par la clause envisagée, en dehors des objectifs de l'article 5 du Code des droits de succession (puisqu'au décès du prémourant, la moitié de la communauté (la créance) est taxée comme le veut cette disposition)⁷¹. Il estime par ailleurs que c'est à tort que le SDA décide que la créance ne pourrait être inscrite à l'actif successoral du conjoint prédécédé dès lors que cette créance résulte de la liquidation du régime matrimonial et constitue la part du prémourant dans le patrimoine commun. Si Monsieur DE PAGE partage son avis sur ce dernier point, il approuve en revanche la décision du SDA en ce qu'elle constate le caractère artificiel de la créance lorsque la clause empêche toute exigibilité du vivant du conjoint survivant. Selon l'auteur, auquel nous nous rallions, « la clause crée un montage artificiel si la confusion joue parce que la créance de la succession n'est pas, effectivement, payée du vivant de son débiteur ». Il conseille donc le paiement de la créance du vivant du conjoint survivant et d'éviter la rédaction de clauses excluant toute exigibilité avant le décès de ce dernier⁷².

Quant au paiement de la créance, celui-ci peut donc intervenir du vivant du conjoint survivant, le cas échéant par abandon de biens communs. Si le bien commun utilisé en paiement de tout ou partie de la créance est un immeuble, l'opération entraînera la perception du droit de vente (art. 44 et s. C. enr.) dans le chef des héritiers. Elle s'analyse en effet comme une dation en paiement et non comme un partage, dès lors qu'aucune indivision n'existe entre le conjoint survivant et les héritiers du prémourant suite à l'attribution⁷³. Selon certains auteurs, la solution diffère cependant lorsque la clause d'attribution avec charge est optionnelle : le patrimoine commun serait recueilli en indivision par le conjoint survivant et les héritiers du défunt et toute composition ultérieure des lots entraînerait la perception du droit de partage (art. 109 C. enr.)⁷⁴.

69. En ce sens notamment : H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 21 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Is het gebruik van de Casman-clausule een fiscaal misbruik? », in *Tendensen vermogenrecht 2014*, R. BARBAIX et N. CARETTE (éd.), Anvers, Intersentia, 2014, p. 257, n° 19 ; W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », *op. cit.*, p. 16, n° 15 ; J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », *op. cit.*, p. 555, note 11. Selon ce dernier auteur, la dette relève toutefois de l'article 33 du Code des droits de succession lorsqu'elle résulte d'une clause d'attribution optionnelle. Il appartiendra alors aux héritiers de prouver la sincérité de la dette (art. 33, al. 4, 1°) ou tout simplement de montrer qu'elle est la cause de l'acquisition des biens communs qui seraient encore présents dans le patrimoine du conjoint second mourant (art. 33, al. 4, 2°) (*op. cit.*, pp. 558 et 559). Dans le même sens : V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 725, n° 26.
70. Décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 317, note Ph. DE PAGE ; *T. Not.*, 2014, p. 208, note L. WEYTS ; *Rev. not. belge*, 2014, p. 376, note N. GEELHAND DE MERXEM (certaines revues mentionnent erronément la date du 4 février 2013 en référence).
71. N. GEELHAND DE MERXEM, « L'attribution de la communauté moyennant charge : abus fiscal ? », *Rev. not. belge*, 2014, pp. 383 et 384, n° 8 et « Is het gebruik van de Casman-clausule een fiscaal misbruik? », *op. cit.*, pp. 260 à 264, n° 25 à 34.
72. Ph. DE PAGE, note sous décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, *Rec. gén. enr. not.*, 2013, p. 322 et Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, pp. 398 et 399, n° 68 à 73 ; M. VAN MOLLE, « Raison et déraison des avantages matrimoniaux », in *La famille et son patrimoine en questions*, M. VAN MOLLE (coord.), Limal, Anthemis, 2015, p. 90, n° 18.
73. En ce sens : J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », *op. cit.*, p. 555 ; H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 25 ; W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », *op. cit.*, p. 15, n° 15 ; E. SPRUYT, « Fiscaal statuut van huwelijkscontracten, wijzigingen van huwelijkscontracten, samenlevingscontracten, testamenten en gelijkaardige akten », *op. cit.*, p. 1842.
74. J. VERSTRAETE, « Verblijvingsbedingen. Verblijvingsbedingen onder last. Keuzebedingen onder last », *op. cit.*, p. 558 ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », *op. cit.*, p. 725 ; E. SPRUYT, « Fiscaal statuut van huwelijkscontracten, wijzigingen van huwelijkscontracten, samenlevingscontracten, testamenten en gelijkaardige akten », *op. cit.*, p. 1843.

5. Clause de la maison mortuaire

Une autre option peut être envisagée pour tenter d'échapper à l'application de l'article 5 du Code des droits de succession : stipuler la clause de préciput, d'attribution totale, d'attribution inégale (éventuellement optionnelle) « quelle que soit la cause de dissolution du régime matrimonial ». La suppression de la condition de survie ôte en principe à l'Administration toute possibilité d'appliquer cette disposition qui vise expressément l'attribution « sous condition de survie » de plus de la moitié de la communauté. La clause suppose que l'avantage matrimonial soit attribué à tel conjoint qu'elle détermine (ou à ses héritiers) et ce dans tous les cas de dissolution du régime, que ce soit à l'occasion du décès d'un conjoint (bénéficiaire ou non de la clause) ou du divorce⁷⁵.

En raison de ses conséquences civiles, et dans une perspective de protection du conjoint survivant, la clause ne doit être envisagée que s'il est possible de déterminer avec (quasi) certitude l'ordre des décès. Si le bénéficiaire de la clause venait à décéder en premier, le conjoint survivant serait en effet privé de tout droit dans le patrimoine commun au stade de la liquidation du régime matrimonial, patrimoine qui reviendrait entièrement aux héritiers du conjoint prémourant. La clause a donc pu être conseillée comme modification *in extremis* du contrat de mariage, lorsque l'un des époux est au seuil de sa vie (maladie à un stade terminal, ...), ce qui lui a valu le nom de « clause de la maison mortuaire ».

Sur le plan civil toujours, la validité de la clause a pu être discutée, notamment quant à sa qualification d'avantage matrimonial. La doctrine majoritaire considère toutefois actuellement que cette qualification n'est pas subordonnée à l'existence d'une condition de survie, ce qu'a confirmé la Cour de cassation dans son arrêt du 10 décembre 2010⁷⁶ (*supra*, p. 286).

Bien que la clause soit traditionnellement rédigée sous la forme d'une attribution totale de la communauté, le mécanisme pourrait être utilisé pour l'ensemble des clauses de partage du patrimoine commun et ainsi permettre de stipuler une clause de préciput ou de partage inégal, le cas échéant optionnelle, sans condition de survie. Dans l'optique de la transmission du

patrimoine immobilier au conjoint survivant, rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que la clause ait un objet limité à l'ensemble des immeubles dépendant du patrimoine commun.

L'Administration fiscale s'est toujours montrée hostile à la clause de la maison mortuaire et n'a jamais renoncé à taxer l'avantage recueilli par le conjoint survivant. Cette taxation était dans un premier temps fondée sur l'article 2 du Code des droits de succession en ce qu'il vise les biens successoraux transmis par la suite d'une institution contractuelle. L'arrêt du 10 décembre 2010 de la Cour de cassation a toutefois mis un terme à cette pratique en affirmant que la clause ne porte pas sur des biens de la succession du prémourant mais bien sur le patrimoine commun. A été rejeté l'argument de l'Administration tiré de l'article 1464, alinéa 2, du Code civil, selon lequel la combinaison de la clause à un apport rendrait l'excédent taxable sur la base de l'article 2.

L'Administration ne s'est toutefois pas avouée vaincue et a alors entrepris de taxer la clause de la mortuaire sur la base de l'article 5 du Code des droits de succession, position qu'elle a affirmée dans une décision administrative du 15 juillet 2011⁷⁷. Une circulaire du 31 août 2011 annonçait également une possible taxation au titre de l'article 7 du même Code. La jurisprudence de fond n'a pas suivi et a rejeté massivement la taxation de la clause de la maison mortuaire sur pied de l'article 5, à défaut de condition de survie⁷⁸. La taxation sur pied de l'article 7, au motif que la clause serait stipulée à titre gratuit (donation indirecte), est également majoritairement rejetée par les cours et tribunaux⁷⁹. Cette jurisprudence doit être approuvée car l'article 5 constitue une mesure anti-abus spécifique instaurant une fiction légale et est, par conséquent, de stricte application. L'article 7 ne pourrait pas davantage s'appliquer dès lors que nous avons admis, à l'appui de l'arrêt de cassation du 10 décembre 2010, que la clause de la mortuaire constitue une convention de mariage et donc un acte à titre onéreux.

Deux arrêts de la Cour d'appel de Liège font toutefois exception à cette quasi-unanimité de la jurisprudence. La Cour a en effet suivi la position de l'Administration fiscale dans deux décisions des 28 no-

75. Pour des variantes de la clause, notamment afin d'exclure l'hypothèse du divorce tout en maintenant l'absence de condition de survie : W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », *op. cit.*, pp. 18 et 19, n° 19.

76. Cass., 10 décembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 115, note V. DEHALLEUX ; *F.J.F.*, 2011, p. 683, note ; *J.T.*, 2011, p. 92, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *Limb. rechtsl.*, 2011, p. 120, note B. INDEKEU ; *N.F.M.*, 2011, p. 168 ; *N.J.W.*, 2011, p. 545, note C. DECLERCK ; *Pas.*, 2010, p. 3174 ; *Rec. gén. enr. not.*, 2011, p. 121, note N. GEELHAND DE MERXEM et Y.-H. LELEU ; *Rev. not. belge*, 2011, p. 427, note S. LOUIS ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1436, note A. VERBEKE et R. BARBAIX ; *T.E.P.*, 2011, p. 112, note A. VERBEKE et R. BARBAIX, note N. GEELHAND DE MERXEM ; *T. Fam.*, 2011, p. 138, note F. BUYSENS ; *T. Not.*, 2011, p. 11 ; *T.F.R.*, 2011, p. 170, note G. DEKNUDT.

77. Déc. du 15 juillet 2011, n° E.E./103.490, *Rép. R.J.*, S-5/04-05. L'Administration est donc revenue sur sa position antérieure exprimée dans une décision du 6 décembre 2004 selon laquelle « l'article 5 du Code des droits de succession ne peut pas s'appliquer lors du décès du mari en ce qui concerne la clause de partage inégal du patrimoine commun lorsque, en vertu de la convention de mariage, l'avantage échoit sans réserve à un époux bien déterminé indépendamment du fait que cet époux survive à l'autre ou non » (*Rép. R.J.*, S 5/04-02).

78. En ce sens not. : Gand, 23 juin 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 897, note (l'avantage matrimonial n'est pas davantage taxable dans le chef des héritiers qui en demandent la réduction en vertu de l'article 1465 C. civ.) ; Bruxelles, 9 septembre 2014, *J.D.F.*, 2015, p. 111, note A. CULOT ; *R.P.P.*, 2014, p. 453, note M. VAN MOLLE ; *Rec. gén. enr. not.*, 2014, p. 400 (violation des croyances légitimes du contribuable et atteinte au droit de propriété) ; Gand, 17 juin 2014, *T.F.R.*, 2014, p. 903, note G. CEENAEME ; Mons, 9 mai 2014, *R.P.P.*, 2014, p. 449, note M. VAN MOLLE ; Civ. Anvers, 18 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912.

79. Voir not. : Bruxelles, 9 septembre 2014 ; Gand, 17 juin 2014 et Mons, 9 mai 2014, précités.

vembre 2014⁸⁰ et 27 mars 2015⁸¹, la première validant une possible taxation sur la base de l'article 5 du Code des droits de succession, la seconde, validant la taxation sur la base de l'article 7 du même Code. Le premier arrêt nous intéresse plus particulièrement dans la mesure où la clause de la mortuaire visée ne portait pas sur la totalité du patrimoine commun ni même sur une quote-part de celui-ci, mais sur certains biens déterminés dans le contrat de mariage, notamment un ensemble immobilier commun. Face à celle-ci, la Cour va considérer que la clause adoptée ne correspond pas à la définition de la clause de la maison mortuaire, mais bien à celle d'un préciput (art. 1457 C. civ.) qui est un avantage matrimonial accordé uniquement à l'époux survivant. Partant de ce constat, elle va estimer que la clause entre dans le champ d'application de l'article 5 du Code des droits de succession au motif « *que la convention litigieuse avait donc pour objet et a eu pour effet l'attribution à l'époux survivant de divers biens faisant partie de la communauté et qu'elle énumère* ». Néanmoins, l'époux survivant a échappé à la taxation dans la mesure où les biens qu'il avait reçus n'excédaient pas la moitié de la valeur du patrimoine commun.

Nous partageons la critique de Madame DEHALLEUX sur l'erreur de qualification opérée par la Cour d'appel de Liège dans l'arrêt du 28 novembre 2014, en ce que l'essence de la clause de la maison mortuaire réside dans l'absence de condition de survie et non dans l'objet de la clause qui n'est pas limité à l'attribution totale ou d'une quote-part du patrimoine commun⁸². Une clause de la maison mortuaire qui attribuerait, sans condition de survie, à tel époux qu'elle détermine l'ensemble du patrimoine immobilier commun ne peut donc pas, à notre avis, être requalifiée de préciput sous condition de survie et n'est dès lors pas soumise à la fiction de l'article 5 dans sa rédaction actuelle en Région wallonne. La Cour manque par ailleurs de cohérence dans son raisonnement, car si la clause devait être qualifiée de préciput – *quod non* –, il fallait alors nécessairement conclure que le restant du patrimoine commun devait encore être partagé par moitié entre le conjoint survivant et la succession du conjoint prédécédé⁸³, ce qui aurait *de facto* entraîné le dépassement du seuil de l'article 5.

Notons que l'application de l'article 5 à la clause de la maison mortuaire, quel que soit son objet, pourrait être facilement garantie si le législateur régional wallon modifiait le texte de cette disposition en supprimant les termes « sous condition de survie ». C'est en ce sens qu'a déjà agi le législateur flamand en adaptant l'article 2.7.1.0.4 du Code flamand de la fiscalité, élargissant (à dater du 1^{er} juillet 2015) le champ d'application de la fiction légale aux avantages matrimoniaux conclus sans condition de survie, ce qui devrait sonner le glas de la clause de la mortuaire en Flandre.

De lege lata, en Région wallonne, l'Administration fiscale n'est cependant pas complètement démunie, car la nouvelle disposition anti-abus devrait largement freiner l'utilisation de la clause. D'emblée, celle-ci est en effet apparue sur la *black list* des circulaires administratives comme étant constitutive d'un abus fiscal⁸⁴. Certes, cela ne dispense pas l'Administration fiscale de rapporter la preuve objective de la violation des objectifs d'une disposition fiscale et n'empêche pas le contribuable d'établir que son choix a été motivé par des considérations non fiscales. Mais il faut bien reconnaître que la suppression de la condition de survie a pour principal (sinon pour unique) but de faire échapper la clause à la fiction de l'article 5, l'adoption de la clause n'étant traditionnellement conseillée qu'*in articulo mortis* à un stade où l'ordre des décès est (quasiment) certain. Et c'est précisément le caractère *in extremis* de cette modification du contrat de mariage qui risque d'entraîner la qualification d'abus fiscal⁸⁵. La circulaire n° 5/2013 précise d'ailleurs que cette qualification se justifie « *étant donné que le décès est imminent et inévitable* ». L'adoption de la clause *in tempore non suspecto*, à un moment où les probabilités de survie du bénéficiaire ne sont pas encore connues, permettrait donc d'échapper à l'application de l'article 106 du Code des droits de succession⁸⁶. Bien qu'à notre connaissance, aucune jurisprudence n'ait encore été publiée sur l'application de la nouvelle disposition anti-abus à une clause de la mortuaire, nous pensons que la clause, telle qu'elle est traditionnellement envisagée, tombera vraisemblablement dans le champ d'application de cette disposition⁸⁷.

80. Liège, 28 novembre 2014, *R.P.P.*, 2015, p. 365, note V. DEHALLEUX.

81. Liège, 27 mars 2015, *R.P.P.*, 2015, p. 371, note V. DEHALLEUX.

82. V. DEHALLEUX, « La Cour d'appel de Liège taxe (par deux fois) la clause de la mortuaire », note sous Liège, 28 novembre 2014 et 27 mars 2015, *R.P.P.*, 2015, p. 376, n° 6.

83. En ce sens : V. DEHALLEUX, *op. cit.*

84. Circulaire du 19 juillet 2012, n° 8/2012 (abrogée) remplacée par la circulaire du 10 avril 2013, n° 5/2013.

85. En ce sens : Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *R.P.P.*, 2014, p. 397, n° 65 et 66. Voir également Civ. Anvers, 18 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912, qui estime que la modification du régime matrimonial peu avant le décès indique sans aucun doute un abus fiscal (« ongetwijfeld wijst op fiscaal misbruik »), mais ne peut appliquer la nouvelle disposition anti-abus à la clause adoptée avant le 1^{er} juin 2012.

86. En ce sens : Ph. DE PAGE et M. VAN MOLLE, « La programmation patrimoniale à l'heure de l'introduction d'une mesure générale anti-abus en matière fiscale : état de la question », *op. cit.*, p. 397, n° 66. Comparer : V. DEHALLEUX, « La Cour d'appel de Liège taxe (par deux fois) la clause de la mortuaire », *op. cit.*, p. 375, n° 4.

87. En ce sens : L. ROUSSEAU, « La structuration et la planification par le contrat de mariage », in *La planification successorale*, Limal, Anthémis, 2013, p. 102 ; W. PINTENS, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de communautés », *op. cit.*, p. 27, n° 34 ; Ph. DE PAGE, « Réflexions sur l'abus fiscal et la gestion du patrimoine familial », *Rec. gén. enr. not.*, 2013, pp. 151 et 152. Comp. : V. DEHALLEUX, « La Cour d'appel de Liège taxe (par deux fois) la clause de la mortuaire », *op. cit.*, p. 375, n° 4.

C. Conjoints mariés en régime de séparation de biens

1. Attribution préférentielle

La protection du cadre de vie du conjoint survivant peut constituer une préoccupation majeure des époux dans le cadre d'une planification successorale. Le logement familial sera alors le principal bien dont ils veilleront à assurer la jouissance au conjoint survivant. Pour de nombreux ménages, le logement familial constitue en outre la principale valeur patrimoniale à transférer. Un mécanisme d'attribution préférentielle de ce logement et des meubles qui le garnissent au conjoint survivant peut donc s'avérer être d'un grand intérêt, notamment pour éviter une future indivision et/ou démembrement de propriété avec les autres héritiers du conjoint décédé.

En régime de communauté, ce mécanisme est prévu à l'article 1446 du Code civil qui dispose que « *lorsque le régime légal prend fin par le décès de l'un des époux, le conjoint survivant peut se faire attribuer par préférence, moyennant soulte s'il y a lieu, un des immeubles servant au logement de la famille avec les meubles meublants qui le garnissent et l'immeuble servant à l'exercice de sa profession avec les meubles à usage professionnel qui le garnissent* ». L'article 1447 prévoit quant à lui la même faculté lorsque le régime prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, l'immeuble étant alors attribué par préférence au conjoint qui en fait la demande, soit qu'il ait été victime de violences conjugales, soit en considération des intérêts sociaux et familiaux.

Plusieurs auteurs ont plaidé pour une application par analogie des articles 1446 et 1447 en régime de séparation de biens, même pure et simple, lorsque le logement familial appartient en indivision aux époux⁸⁸. La Cour constitutionnelle s'est toutefois prononcée en sens contraire dans un arrêt du 7 mars 2013⁸⁹ qui, bien que critiqué par plusieurs de ses commentateurs, ne laisse planer aucun doute sur l'exclusion d'un méca-

nisme légal d'attribution préférentielle en séparation de biens pure et simple. Plus récemment encore, la Cour d'appel de Gand a quant à elle rejeté une demande d'attribution préférentielle d'un logement familial indivis dépendant d'une société d'acquêts adjointe à un régime de séparation de biens⁹⁰.

Face à cette jurisprudence réfractaire, il faut conseiller de stipuler la clause d'attribution préférentielle, qu'elle soit limitée à l'hypothèse d'un décès ou étendue à celle du divorce, dans le contrat de mariage à base séparatiste. L'attribution s'exercera à titre onéreux en ce qu'elle constitue une dérogation au partage en nature mais non à l'équivalence des lots⁹¹, de sorte que l'attributaire devra la compenser par le paiement d'une soulte ou en l'imputant sur sa part dans les autres biens indivis. La reprise de l'immeuble indivis par l'attributaire sera par conséquent soumise au droit de partage de 1 %, perçu sur la valeur totale du bien (art. 109, 1° et 110 C. enr.)⁹². L'intérêt d'une telle clause est uniquement civil.

2. Patrimoine commun interne adjoint limité aux immeubles et clause d'attribution intégrale au conjoint survivant

L'ajout d'un patrimoine interne commun, traditionnellement nommé « société d'acquêts », à un régime de séparation de biens permet de tempérer la rigueur du régime en y insufflant un peu de solidarité, tout en préservant sa base séparatiste⁹³. Au contraire d'une indivision de droit commun, le patrimoine interne adjoint est un patrimoine d'affectation au profit du mariage et des besoins de la vie commune⁹⁴. Il fait partie intégrante du régime matrimonial et les époux ne peuvent sortir d'indivision en dehors des hypothèses de dissolution de ce régime⁹⁵. Il se caractérise par une corrélation entre l'actif et le passif, par une application du principe de la subrogation, par la présence de règles de gestion spécifiques et par la faculté d'appréhender des acquisitions futures.

La nature du patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens, simple indivision ou commu-

88. En ce sens : N. GEELHAND, « *Rariteiten in successieplanning-land* », *T.E.P.*, 2009, n°s 87 à 89 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel IV. Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, note 419 ; M. DE CLERCK, « *De preferentiële toewijzing : ook voor onverdeelde goederen die niet tot de gemeenschap behoren?* », note sous Anvers, 12 mai 2004, *T. Not.*, 2007, pp. 24 à 27, n°s 19 à 24 ; Y.-H. LELEU, « *L'attribution préférentielle du logement familial* », in *Le logement familial*, P. DELNOY, Y.-H. LELEU et E. VIEUJEAN (éd.), Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 211, n° 1. *Contra* : W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 386, n° 712.

89. C.C., 7 mars 2013, *J.T.*, 2014, p. 170, note F. DEGUEL ; *T. Not.*, 2013, p. 415, note J. VERSTRAETE ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 511 ; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 61 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 947 ; *R.W.*, 2012-2013, (sommaire) et *R.W.*, 2013-2014, p. 59 (sommaire), note. Dans le même sens : Anvers, 12 mai 2004, *T. Not.*, 2007, p. 11, note M. DE CLERCK ; *R.A.B.G.*, 2005, p. 1787, note C. VERGAUWEN ; *R.W.*, 2005-2006, p. 261 (séparation de biens avec société d'acquêts, mais immeuble indivis ne dépendant pas de celle-ci).

90. Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE.

91. En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 270, n° 253.

92. Ph. DE PAGE, « *L'opposabilité aux tiers des clauses de partage ou d'attribution du patrimoine commun – Conséquences civiles et fiscales* », *Rev. not. belge*, 2015, pp. 162 et 163, n° 7.

93. Cette base ne serait pas préservée en cas de patrimoine adjoint trop largement composé. Une communautarisation des revenus professionnels ou encore un principe de qualification commune résiduaire ferait basculer la totalité du régime en régime de communauté. Dans ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 447, n° 401 ; A. CULOT, « *Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens* », in *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 145 ; R. DEKKERS et H. CASMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel IV. Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 226, n° 349.

94. A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 51, n°s 67 à 69.

95. En ce sens : A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, op. cit., p. 56, n° 74 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, op. cit., p. 386, n°s 710 et 711 ; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 448, n° 402. *Contra* : Civ. Liège, 24 mai 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 515, note M.-F. CARLIER.

nauté, est déterminante pour l'application de l'article 5 du Code des droits de succession dès lors que celui-ci vise expressément l'attribution au conjoint survivant de plus de la moitié de la « communauté ». Il est traditionnellement admis que ce patrimoine adjoint fonctionne comme une communauté dans les rapports entre époux, tandis qu'il ne constitue qu'une indivision de droit commun vis-à-vis des tiers (créanciers)⁹⁶, qui conservent la possibilité d'en provoquer à tout moment le partage. L'on distingue ainsi classiquement les effets « internes » et « externes » du régime de la séparation de biens avec société d'acquêts⁹⁷. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Gand vient toutefois contredire ces principes. La Cour y décide qu'à défaut de présenter les caractéristiques essentielles d'une communauté, à savoir le caractère commun des revenus professionnels et le principe de qualification commune résiduaire, la société d'acquêts ne peut être qualifiée comme telle et constitue alors nécessairement une indivision de droit commun⁹⁸. Malgré les controverses quant à la nature du patrimoine interne adjoint à une séparation de biens, il semble unanimement admis que l'article 5 est applicable à ce régime s'il aboutit à attribuer plus de la moitié du patrimoine « commun » au conjoint survivant⁹⁹. L'Administration fiscale, bien que tiers au contrat, serait en effet en mesure de s'appuyer sur la qualification interne que les époux ont donnée au patrimoine commun adjoint pour y appliquer la fiction de libéralité de cet article¹⁰⁰.

Les époux déterminent la composition du patrimoine interne via des critères d'entrée plus ou moins automatiques, plus ou moins dépendants de la volonté. Il est ainsi tout à fait possible de créer une société d'acquêts limitée aux biens immobiliers acquis par les époux seuls ou conjointement durant le régime. La doctrine admet également qu'une société d'acquêts puisse être limitée à un seul bien de sorte que l'on pourrait imaginer que celle-ci ne comprenne que le seul logement familial¹⁰¹. Les époux auront également la faculté d'effectuer des apports au patrimoine adjoint avant ou pendant le régime. De la même manière qu'en régime de communauté, l'apport d'un immeuble sera soumis au droit fixe général, ce qui rend le procédé nettement plus avantageux que de céder à son époux

la moitié de la propriété d'un immeuble propre afin de le rendre indivis, opération quant à elle soumise au droit de vente¹⁰². Notons que ce tarif fiscal favorable pour les apports ne serait pas applicable si la société d'acquêts ne devait pas être considérée comme une « communauté » mais comme une indivision de droit commun.

Nous avons précisé qu'il était désormais majoritairement admis que la théorie des avantages matrimoniaux est applicable aux régimes à base séparatiste (*supra*, p. 287). Tout avantage qui serait recueilli par le conjoint survivant et qui résulterait de la composition ou du fonctionnement, de la liquidation ou du partage du patrimoine interne adjoint reçoit donc la qualification objective d'acte à titre onéreux sur le plan civil, avec les mêmes avantages et limites qu'en régime de communauté.

Le simple fait de faire entrer des biens dans le patrimoine interne adjoint, par le biais d'apports ou de financement inégal de biens acquis pour le compte de la société d'acquêts, et de la partager ensuite par parts égales entre la succession du conjoint prédécédé et le conjoint survivant constitue déjà une technique de planification successorale, dès lors que la moitié de ce patrimoine adjoint reviendra au survivant en dehors de la succession et sans pouvoir être qualifié de libéralité¹⁰³, de la même manière qu'un partage égal de communauté. Pour le surplus, l'avantage au conjoint survivant peut encore être accentué par l'ajout d'une clause de préciput ou de partage inégal. Sur le plan fiscal, ces clauses seront néanmoins rattrapées par la fiction de l'article 5 du Code des droits de succession dès lors qu'elles auront pour résultat une attribution au conjoint survivant de plus de la moitié du patrimoine interne adjoint. Pour échapper à celle-ci, les mêmes propositions ne peuvent être formulées qu'en matière de régimes communautaires.

Il sera tout d'abord permis de stipuler la clause d'attribution inégale ou de préciput de manière *optionnelle*, afin de laisser au conjoint survivant le choix de se voir effectivement attribuer tout ou partie des biens qu'il souhaite, en pleine propriété ou en usufruit, et de ne

96. Voir pour une critique de cette distinction qui rendrait le régime incohérent : J. VANBAEL, « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met een toegevoegd 'intern gemeenschappelijk vermogen'. Ceci n'est pas un régime matrimonial », *T. Not.*, 2010, spéc. pp. 232 à 235. Pour une réponse à ces critiques : F. HELSEN, « Het toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen », *N.F.M.*, 2015, pp. 74 à 80, n°s 18 à 30 ; A. VERBEKE, « Scheiding van goederen en onverdeeldheden. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *T. Not.*, 2011, pp. 179 à 192.

97. L'ajout d'un patrimoine interne adjoint à un régime de séparation de biens produit nécessairement des effets externes en ce que ce correctif agit sur le plan de la propriété réelle des biens, au contraire par exemple d'une clause de participation aux acquêts (*infra*, p. 299). En ce sens : F. HELSEN, « Het toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen », *op. cit.*, pp. 73 et 74, n°s 13 à 16 ; A. VERBEKE, « Scheiding van goederen en onverdeeldheden. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *op. cit.*, p. 180, n° 3.

98. Gand, 2 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 82, note J. LARUELLE.

99. En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 270, n° 253 ; A. VERBEKE, « Séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès. Livre 4*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 194, n° 165.

100. S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation de biens », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 58 ; H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *Le droit patrimonial de la famille sans préjugés. 1. Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Malines, Kluwer, 2002, p. 32.

101. En ce sens : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 453, n° 405.

102. Dans ce sens : A. VERBEKE, « Séparation de biens. Correctifs externes », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Vie commune. Livre 1*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 113, n° 124.

103. H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », *op. cit.*, pp. 31 et 32.

subir la taxation que pour autant que l'option choisie entraîne un dépassement du seuil de l'article 5.

Il sera également envisageable d'assortir une clause d'attribution intégrale (le cas échéant optionnelle) du patrimoine interne adjoint au conjoint survivant d'une charge au profit de la succession du prémourant, destinée à compenser la part reçue en plus de la moitié du patrimoine « commun » et permettant d'éviter ainsi la taxation sur la base de l'article 5¹⁰⁴. L'on rappellera toutefois que l'Administration fiscale se montre dorénavant hostile à pareille clause, qualifiant celle-ci d'abusives au sens de la nouvelle disposition anti-abus. La décision administrative défavorable du 18 juin 2013¹⁰⁵ est à notre avis tout à fait transposable au régime de la séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint.

Enfin, demeure la possibilité de stipuler la clause de préciput ou de partage inégal de ce patrimoine *sans condition de survie*, à la manière d'une clause de la mortuaire en régime de communauté. Ici aussi, les considérations émises plus avant sont parfaitement transposables. Ainsi, la taxation de la clause sur pied des articles 5 ou 7 du Code des droits de succession doit être rejetée, ce que confirme la jurisprudence. Un arrêt du 4 février 2014 de la Cour d'appel de Gand a notamment débouté l'Administration fiscale de ses prétentions taxatrices en présence d'une clause d'attribution intégrale sans condition de survie de la totalité du patrimoine « commun » à l'épouse dans un régime de séparation de biens avec société d'acquêts¹⁰⁶. La Cour rejette l'imposition au motif que la clause constitue non pas une donation mais un avantage matrimonial et que les conditions d'application de l'article 5 ne sont pas remplies en l'absence de condition de survie (et non vu la base séparatiste du régime). Cependant, la clause pourrait bien s'avérer constitutive d'un abus fiscal en l'absence de motifs non fiscaux justifiant son insertion *in extremis* dans un contrat de mariage. Elle serait alors taxée selon la disposition fiscale « naturellement » applicable, soit précisément l'article 5 du Code des droits de succession.

Dans tous les cas, l'attribution de biens immeubles pose à nouveau la question de la perception d'un droit

de partage à charge du conjoint survivant. Nous avons déjà observé que plusieurs auteurs estimaient le droit de partage dû en présence d'une clause d'attribution optionnelle (avec charge) portant sur des immeubles communs. Leur raisonnement nous paraît tout à fait transposable en présence d'immeubles dépendant d'un patrimoine interne adjoint en régime de séparation de biens¹⁰⁷, et pourrait être justifié *a fortiori* par le fait que ce patrimoine adjoint demeure une indivision de droit commun vis-à-vis des tiers, notamment les héritiers du défunt. Le droit de partage sera en revanche exclu en cas d'attribution « simple » d'immeubles moyennant une clause de préciput ou de partage inégal¹⁰⁸.

Une autre option proposée par la doctrine consiste à insérer dans le contrat de mariage une clause d'accroissement portant sur le patrimoine interne adjoint. Cette option permet de garantir la qualification d'acte à titre onéreux en dehors de l'application, encore critiquée par certains, de la théorie des avantages matrimoniaux aux régimes séparatistes. Même entre époux et pour autant qu'ils l'indiquent explicitement, la clause d'accroissement est en effet qualifiée d'acte à titre onéreux lorsque son caractère aléatoire est préservé par des chances de survie équivalentes dans le chef de chaque indivisaire¹⁰⁹. Outre les interrogations qu'elle suscite sur le plan de sa validité en droit civil¹¹⁰, cette solution ne semble pas présenter d'intérêt particulier sur le plan fiscal dès lors que l'article 5 du Code des droits de succession sera en principe applicable à une telle clause, devant être considérée comme « une convention de mariage non sujette aux règles relatives aux donations » qui attribue au conjoint survivant plus de la moitié du patrimoine interne adjoint. La taxation sera donc identique à celle d'une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant¹¹¹.

3. Clause de participation aux acquêts

Une seconde technique de « communautarisation » d'un régime séparatiste consiste à stipuler dans le contrat de mariage une clause de participation aux acquêts. Cette clause permet à chaque conjoint de participer, en valeur, aux accroissements de patrimoine de son époux, sans affecter la propriété personnelle des

104. Pour un exemple de clause : S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation de biens », *op. cit.*, p. 60.

105. Décision anticipée n° 2013.040 du 18 juin 2013, précitée.

106. Gand, 4 février 2014, *T.F.R.*, 2014, p. 913 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2014, p. 302.

107. En ce sens : S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation de biens », *op. cit.*, p. 60, n° 39. Selon l'auteur, la créance de soulte inscrite à l'actif de la succession du prémourant aura par ailleurs pour effet d'attribuer aux héritiers le privilège sur immeubles prévu à l'article 27, 4°, de la loi hypothécaire (*ibid.*, p. 57, n° 36).

108. *Ibid.*, p. 60, note 143.

109. Ou lorsque la différence d'âge est compensée par d'autres facteurs. En ce sens : A. CULOT, « Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens », *op. cit.*, p. 151.

110. Pour plus de détails et un exemple de clause : S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation de biens », *op. cit.*, pp. 62 à 74.

111. Dans le cadre de l'acquisition d'un bien immobilier en indivision de droit commun, une clause d'accroissement pourrait être envisagée directement dans l'acte d'achat. L'intérêt d'une telle clause sur le plan fiscal devra être apprécié au cas par cas, en comparant le droit de mutation immobilière qui sera dû lors du décès sur la moitié indivise de l'immeuble (art. 44 et s. C. enr.) aux droits de succession qui seraient dus sur cette moitié indivise, eu égard à la valeur de l'immeuble et à l'existence d'un tarif favorable si celui-ci constitue le logement familial des époux. Nous n'analyserons pas davantage ce régime dès lors que la clause d'accroissement envisagée sort du cadre de la présente étude qui se limite aux clauses du contrat de mariage.

biens visés ni leur gestion indépendante¹¹². À la dissolution du régime, une communauté comptable est réa-lisée à partir des acquêts du couple et ensuite partagée entre les époux selon la clé de répartition déterminée dans le contrat, en attribuant au conjoint qui s'est constitué moins d'acquêts au cours du mariage une créance finale de participation¹¹³.

La clause peut être modulée à la fois quant aux ac-quêts sur lesquels sera calculée la créance de partici-pation, quant à la clé de répartition entre les époux et quant aux modalités et moment (périodique ou final) de la participation. Ainsi, une clause portant sur la totalité des acquêts constitués pendant le mariage et partageant la valeur de ceux-ci par moitié à la dissolu-tion du régime aura un effet « comme si » les époux étaient mariés en régime de communauté. Si la masse comptable comprend, outre les acquêts au sens strict, les biens antérieurs au mariage et ceux acquis par li-béralité ou succession, la dissolution du régime sera proche de celui de la communauté universelle. La clé de répartition ne sera pas nécessairement de moitié et les époux pourraient notamment stipuler une attribu-tion intégrale en valeur de la totalité des acquêts du couple au profit, par exemple, du conjoint survivant, éventuellement de manière optionnelle. Selon une doctrine majoritaire, la clause de participation aux ac-quêts véhicule un avantage matrimonial, qui sera, le cas échéant, soumis aux articles 1464, alinéa 2, et 1465 du Code civil¹¹⁴.

La créance de participation sera inscrite au passif suc-cessoral de l'époux prédécédé et diminuera d'autant l'actif imposable au titre des droits de succession. Pour contrer cet avantage fiscal, l'Administration considère que la dette doit être exclue du passif admissible en vertu de l'article 33 du Code des droits de succession, sa sincérité n'étant pas prouvée à suffisance. Selon certains auteurs, cette position ne peut être admise dès

lors que la dette de participation est une dette résul-tant de la liquidation du régime matrimonial et non une dette de la succession, ce qui exclut l'application de l'article 33¹¹⁵. De plus, même à considérer que la dette entre dans le champ d'application de cette dis-position, encore faut-il admettre que sa sincérité ré-sulte du contrat de mariage et du compte de liquida-tion du régime matrimonial dressé par le notaire¹¹⁶. La position de l'Administration a d'ailleurs été condam-née à différentes reprises par la jurisprudence de fond¹¹⁷. Face à une clause de participation optionnelle, la Cour de cassation a néanmoins cassé un arrêt du 24 avril 2012 de la Cour d'appel d'Anvers au motif que celle-ci n'avait pu à la fois considérer que la dette de participation était née au moment de l'exercice de l'option, soit après le décès, et admettre cette dette au passif successoral, sans violer l'article 27, 1^o, du Code des droits de succession¹¹⁸. Dans un arrêt postérieur, la Cour d'appel d'Anvers rectifiera le tir en retenant, à juste titre, que la dette de participation trouve sa cause dans l'adoption ou la modification du contrat de ma-riage, de sorte qu'elle naît et est déterminable à ce mo-ment, bien que non encore déterminée et exigible, et non au moment de l'exercice de l'option par le conjoint survivant¹¹⁹.

Pour le surplus, dès lors que la clause n'affecte pas la propriété réelle des biens, mais constitue un correctif interne en valeur, elle échappe à l'article 5 du Code des droits de succession, l'existence d'une « commu-nauté » faisant défaut¹²⁰. L'article 7 n'est pas davan-tage applicable puisque la clause véhicule un avan-tage matrimonial et non une libéralité. Enfin, la clause ne devrait pas non plus souffrir de l'entrée en vogueur de la nouvelle disposition anti-abus dès lors qu'elle se justifie par d'importantes considérations civiles et que l'on n'aperçoit pas quelle serait la disposition fiscale spécifique du Code des droits de succession que les

112. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 456, n^o 408. Le régime combine ainsi tous les avantages de la séparation durant le mariage, tout en y insufflant de la solidarité patrimoniale entre époux à la dissolution : N. BAUGNIET, « La séparation de biens avec société d'acquêts : rêve d'un régime matrimonial idéal ? », in *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 2 à 5.
113. Pour plus de détails sur le mode de calcul de la créance : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., pp. 460 à 466, n^{os} 410 à 412 ; T. VAN HALTEREN, « Du nouveau en matière de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts ? », in *La famille et son patrimoine en questions*, M. VAN MOLLE (coord.), Limal, Anthemis, 2015, pp. 51 à 59.
114. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 466, n^o 413 ; A. CULOT, « Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens », op. cit., pp. 146 et 147. Dans le même sens : Anvers, 5 octobre 2004, *F.J.F.*, 2006, p. 185 ; *N.F.M.*, 2004, p. 268, note A. VERBEKE ; *Rec. gén. enr. not.*, 2005, p. 301, note ; *Rev. not. belge*, 2005, p. 706, note L. VOISIN ; *T.F.R.*, 2005, p. 374, note M. DELBOO et G. DEKNUDT ; *T. Not.*, 2007, p. 510 ; *Civ. Anvers*, 4 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912.
115. En ce sens : R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », *N.F.M.*, 2012, p. 211, n^o 4. *Contra* : A. CULOT, « Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens », op. cit., pp. 147 et 148.
116. R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », op. cit., p. 214, n^o 12 ; A. CULOT, « Quelques ques-tions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens », op. cit., p. 150 ; T. VAN HALTEREN, « Du nouveau en matière de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts ? », op. cit., pp. 61 et 62, n^o 18.
117. Voir not. : Anvers, 24 avril 2012, *N.F.M.*, 2012, p. 216, *Rec. gén. enr. not.*, 2012, p. 332, note A. VERBEKE et R. BARBAIX ; *Rev. not. belge*, 2012, p. 873, note N. GEELHAND DE MERXEM et Ph. DE PAGE ; Gand, 4 octobre 2011, *TEP*, 2012, p. 36, note N. GEELHAND DE MERXEM ; *Civ. Anvers*, 4 décembre 2013, *T.F.R.*, 2014, p. 912.
118. Cass., 31 octobre 2014, *Cour. fisc.*, 2015, p. 707, note C. DE BRUYN ; *F.J.F.*, 2015, p. 267 (sommaire), note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 441 (sommaire) ; *T. Not.*, 2015, p. 518 ; *T.F.R.*, 2015, p. 529, note G. CEENAEME. La Cour n'a pas suivi les conclusions de l'Avocat général THUIS qui avait, quant à lui, conclu au rejet du pourvoi.
119. Anvers, 19 mai 2015, *Cour. fisc.*, 2015, p. 866, note. Dans le même sens : R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », op. cit., p. 212, n^o 7 ; Ph. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM, note sous Anvers, 24 avril 2012, *Rev. not. belge*, 2012, pp. 883 et 888 ; *Concl. Av. gén. THUIS* sous Cass., 31 octobre 2014, *T.F.R.*, 2015, pp. 530 à 532.
120. Dans ce sens : R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », op. cit., p. 214, n^o 13 ; A. CULOT, « Quelques questions en droits d'enregistrement et de succession, relatives à la transmission des biens entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens », op. cit., p. 149 ; S. VAN DEN HOVE D'ERTSENRYCK, « Les clauses relatives aux effets du régime matrimonial au jour du décès. Les régimes de séparation des biens », op. cit., pp. 92 et 93, n^{os} 74 et 75 ; H. CASMAN, « Régimes matrimoniaux et droits de succession. Huwelijksvermogensrecht en successierechten », op. cit., pp. 32 et 33 ; V. DEHALLEUX, « Avantages matrimoniaux et droits de succession », op. cit., p. 733, n^o 36.

époux essaieraient de contourner par l'adoption de ce régime¹²¹.

Bien qu'indéniablement performante sur le plan fiscal, la clause de participation aux acquêts peut sembler impropre à réaliser un objectif de transfert du patrimoine immobilier au conjoint survivant puisqu'elle n'affecte en rien la propriété des biens. Il demeure toutefois, à notre avis, la possibilité de prévoir dans les modalités de paiement de la créance que celle-ci sera acquittée « en nature » par prélèvement sur le patrimoine immobilier du couple. L'opération s'analyse alors comme une dation en paiement¹²² et entraînera la perception d'un droit de mutation immobilière (art. 44 et s. C. enr.) si le bien appartenait en pleine propriété au conjoint prémourant ou de partage (art. 109 C. enr.) si le bien appartenait en indivision aux époux. L'on préférera donc, le cas échéant et compte tenu de la valeur de l'immeuble et des taux réduits éventuellement applicables tant en droits d'enregistrement que de succession, l'apport de l'immeuble dans un patrimoine (adjoint interne) commun et son attribution au conjoint survivant à l'octroi d'une créance de participation acquittée en nature par prélèvement de cet immeuble.

III. Conclusion : le contrat de mariage demeure un instrument privilégié de planification successorale

Le régime matrimonial des époux offre de nombreuses perspectives en termes de planification successorale. La mise en commun de biens, que ce soit via l'adoption d'un régime communautaire ou de séparation de biens aménagée, permet de rééquilibrer les disproportions pouvant exister entre les patrimoines respectifs des conjoints et ainsi d'éviter une lourde taxation de la succession de l'époux le plus fortuné s'il venait à prédécéder. Le simple partage égal d'acquêts inégalement constitués aura déjà pour effet d'avantager le conjoint survivant, sans qu'aucune taxation n'intervienne en droits de succession.

Dans ce cadre, la clause d'apport constitue un atout majeur puisqu'elle permet de faire profiter le conjoint survivant de ce régime favorable pour des biens initialement propres au conjoint prédécédé. Lorsqu'elle porte sur des immeubles, la clause est d'autant plus avantageuse qu'elle permet la mutation réelle moyennant la seule perception du droit fixe général. L'apport des immeubles propres au patrimoine (interne adjoint) commun constituera donc le préalable indispensable à une planification successorale immobilière,

pour autant qu'il soit stipulé sous condition résolutoire du prédécès du conjoint de l'apporteur.

Pour le surplus, quant au choix du régime matrimonial, les régimes à base communautaire et ceux de séparation de biens avec patrimoine commun interne adjoint ne présentent pas de différence fondamentale sur le plan fiscal. Les clauses de partage inégal du patrimoine (interne adjoint) commun seront en effet rattrapées par la fiction de libéralité de l'article 5 du Code des droits de succession et entraîneront une charge fiscale globale importante si l'on considère les taxations successives du conjoint survivant et des enfants communs au décès de ce dernier. Les seules clauses qui permettaient d'échapper à l'article 5, principalement les clauses d'attribution avec charge et de la maison mortuaire, sont aujourd'hui largement combattues par l'Administration fiscale, qui dispose d'une arme de choix depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition anti-abus. Il devient donc extrêmement compliqué pour un futur défunt marié en régime de communauté ou de séparation de biens avec patrimoine interne adjoint de transférer une part substantielle de son patrimoine au conjoint survivant en toute franchise fiscale.

Le régime de séparation de biens avec créance finale de participation aux acquêts remporte quant à lui la première place dans la course à l'optimisation fiscale par le contrat de mariage. Il permet de transférer au conjoint survivant une part substantielle, voire la totalité, des biens du couple en toute franchise de droits de succession, l'opération restant en dehors du champ d'application de l'article 5 et, à notre avis, de la nouvelle mesure anti-abus.

Enfin, dans une perspective de transmission du patrimoine immobilier au conjoint survivant, le praticien restera attentif aux conséquences des clauses de partage sur la perception d'éventuels droits d'enregistrement. S'il est majoritairement admis que les clauses de préciput ou d'attribution, le cas échéant avec charge, portant sur des immeubles n'entraînent pas la perception d'un droit de partage, des controverses subsistent en revanche lorsque celles-ci sont stipulées de manière optionnelle. Le paiement d'une charge (clause CASMAN) ou d'une créance de participation, par abandon ou prélèvement d'immeubles, devra quant à lui s'analyser comme une dation en paiement et entraînera la perception d'un droit de mutation immobilière ou de partage s'il met fin à une indivision. Il s'agira donc d'étudier, dans chaque cas d'espèce, la solution la plus intéressante fiscalement compte tenu de la combinaison des règles relatives aux droits de succession et d'enregistrement, et des taux réduits

121. Dans le même sens : R. BARBAIX et A. VERBEKE, « Finaal verrekenbeding: civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk performant bevonden! », *op. cit.*, p. 215, n° 15 ; Ph. DE PAGE et N. GEELHAND DE MERXEM, note sous Anvers, 24 avril 2012, *op. cit.*, pp. 886 à 888.

122. En ce sens : T. VAN HALTEREN, « Du nouveau en matière de séparation de biens avec créance de participation aux acquêts ? », *op. cit.*, p. 61, n° 17 ; E. SPRUYT, « Fiscaal statuut van huwelijkscontracten, wijzigingen van huwelijkscontracten, samenlevingscontracten, testamenten en gelijkaardige akten », *op. cit.*, p. 1841.

éventuellement applicables, sans négliger les conséquences civiles du choix d'un régime matrimonial plutôt qu'un autre.